

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

SITUATION JURIDIQUE
DE
L'ÉTAT ACTIONNAIRE
ET ADMINISTRATEUR
DE SOCIÉTÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

Présentée et soutenue le vendredi 4 juin 1926, à 2 heures

PAR

Gaston STEFANI

Docteur en Droit (sciences juridiques)

Président : M. RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. WAHL, professeur
MESTRE, professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

45, RUE RACINE, 45

1926

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553021_0087

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

SITUATION JURIDIQUE
DE
L'ÉTAT ACTIONNAIRE
ET ADMINISTRATEUR
DE SOCIÉTÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

Présentée et soutenue le vendredi 4 juin 1926, à 2 heures

PAR

Gaston STEFANI

Docteur en Droit (sciences juridiques)

Président : M. RIPERT, professeur

*Suffragants : { MM. WAHL, professeur
 MESTRE, professeur*

PARIS
JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS
15, RUE RACINE, 15

1926

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



SITUATION JURIDIQUE DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE ET ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉS

INTRODUCTION

Jusqu'à ces dernières années, l'action de l'État dans le domaine économique était nettement séparée de celle des particuliers. On distinguait alors *l'entreprise publique* gérée par l'État le plus souvent dans un but d'intérêt général (quelquefois dans un but fiscal) de *l'entreprise privée* gérée par les particuliers dans un but lucratif.

Depuis 1919, plusieurs lois ont été votées, qui ont établi une collaboration de l'État et des particuliers pour la gestion de certaines entreprises (1). Elles ont créé une entreprise intermédiaire entre l'entreprise publique et l'entreprise privée à laquelle on a donné le nom *d'entreprise mixte*. Cette nouvelle formule économique a déjà fait l'objet de nombreuses études de la part des économistes et des

1. Loi du 16 octobre 1919. Loi du 11 août 1920. Loi du 27 mai 1921. Loi du 27 juillet 1921. Loi du 19 juillet 1922.

auteurs de droit public (1). Dans le courant de l'année 1925 deux thèses relatives à ce sujet ont été soutenues devant la Faculté de Droit de Paris(2).

Nous ne voulons pas reprendre dans cette thèse l'examen économique de la question, nous voulons seulement rechercher comment se réalisera pratiquement cette association de l'Etat et des particuliers. C'est beaucoup plus un problème juridique qu'un problème économique puisque pour rendre plus étroite la collaboration de l'Etat et des particuliers, le législateur a voulu les associer dans le cadre de la société anonyme.

Les lois spéciales qui ont prévu l'entrée de l'Etat comme actionnaire dans certaines sociétés ne contiennent pas ou presque pas de dispositions sur le statut juridique de ces sociétés. Seul, le décret du 18 octobre 1923 — rendu pour l'application de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique — règle la situation de l'Etat dans la société et plus particulièrement sa représentation dans les assemblées et au Conseil d'administration. Ce décret ne peut être appliqué qu'aux sociétés constituées par application de la loi du 16 octobre 1919 ; de plus, nous le verrons, il apporte de nombreuses dérogations à la loi du 24 juillet 1867, ce qui

1. Voir la bibliographie.

2. Lapie, *Les entreprises d'économie mixte*, thèse Paris, 1925 ; Platon, *l'Etat actionnaire et administrateur de sociétés*, thèse Paris, 1925.

n'est pas légal car il n'appartient pas à un décret d'abroger ou de modifier une loi.

Aussi en l'absence de disposition légale, il faudrait dans le silence des textes appliquer aux sociétés dans lesquelles l'Etat est associé avec des particuliers, les dispositions de la loi du 24 juillet 1867. Le problème juridique que nous avons à examiner dans cette étude se ramène à cette question : Peut-on appliquer à l'Etat les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 ?

Avant de rechercher la solution de ce problème, il convient de dégager les traits généraux de la société mixte considérée au point de vue économique. Ce sera l'objet de cette introduction.

I. — Les modes d'intervention de l'Etat dans l'économie

Quelle que soit la théorie économique que l'on adopte, que l'on soit partisan de la doctrine de l'école libérale ou au contraire de l'école interventionniste, tout le monde reconnaît que l'Etat a un rôle économique à jouer.

Il intervient, et le plus souvent pour des raisons d'intérêt général, soit pour restreindre par des lois la liberté des particuliers et fixer les limites de l'activité individuelle (lois protectrices du travail), soit pour exploiter lui-même certaines entreprises d'intérêt collectif dont les particuliers ne s'occupent pas,

parce qu'elles exigent des capitaux et des dépenses considérables pour un profit incertain (1).

Quelquefois aussi pour des raisons purement fiscales, il exploite certaines entreprises comme le font les particuliers dans le but de se procurer des ressources. C'est le cas du monopole des tabacs.

Pour exploiter ces entreprises d'intérêt général, l'Etat avait deux procédés à sa disposition : la régie et la concession.

Par la régie, l'Etat gère lui-même une entreprise comme un simple particulier avec son capital et son personnel, c'est-à-dire des fonctionnaires. Il en court tous les risques. Seul il en perçoit les bénéfices et en supporte les pertes.

Ce procédé de gestion entraîne de sérieux inconvénients.

L'Etat court des risques importants, puisque c'est son capital qui est engagé. De plus, les exploitations en régie sont inférieures aux exploitations privées : elles sont gérées sans aucun désir de profit selon des méthodes administratives beaucoup plus longues et coûteuses que les méthodes industrielles ou commerciales des particuliers (2).

1. « Il est permis de soutenir que l'Etat est fondé à revendiquer pour lui toutes les attributions qui répondent à une nécessité ou à une utilité nationales, du moins dans la mesure où l'activité privée des nationaux se montre impuissante ou insuffisante à y pourvoir. » Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, p. 259.

2. Voir sur ce point : Yves Guyot, *La gestion par l'Etat et les*

Enfin, bien souvent elles sont dirigées par des hommes que des considérations étrangères à la bonne marche de l'entreprise ont pu élever au rang de directeur et qui ne possèdent pas les qualités du bon industriel ou du commerçant habile. Cela tient à ce que les régies dépendent de l'Etat et par conséquent de la politique.

L'exploitation en concession présente moins d'inconvénients. L'Etat n'exploite pas lui-même. C'est un particulier (un concessionnaire) qui gère l'entreprise avec ses capitaux et son personnel et à ses risques. Il a donc tout intérêt à ce que l'entreprise prospère et à ce point de vue principalement la concession est supérieure à la régie, « elle est mue par le désir de profit et la crainte de compromettre le capital engagé » ; le concessionnaire agit sous l'action du stimulant économique par excellence, l'intérêt personnel.

Ce n'est pas à dire cependant que ce procédé d'exploitation soit parfait, il a lui aussi ses défauts. L'Etat en effet ne profite pas du tout des bénéfices que peut réaliser le concessionnaire et qui sont parfois assez élevés. De plus, il arrive souvent que malgré les stipulations en faveur du public insérées dans le cahier des charges, le concessionnaire sacrifie l'intérêt de la collectivité à son intérêt personnel.

Pour remédier aux inconvénients de ces procédés

municipalités. Paris, 1913; H. Fayol, *L'incapacité industrielle de l'Etat*; les P. T. T. Paris, 1921.

de gestion des entreprises publiques, on a lancé plusieurs formules nouvelles. On a voulu faire participer le concédant aux bénéfices réalisés par le concessionnaire, on a créé le système de la régie intéressée. L'exploitation est alors confiée à un régisseur qui apporte une partie du capital et dont la rémunération varie entre un maximum et un minimum d'après les bénéfices de l'entreprise. L'Etat participe ainsi aux bénéfices de l'exploitation et en conserve le contrôle, mais il n'en supporte pas seul toutes les charges.

Une nouvelle formule d'organisation économique est apparue dans notre législation avec la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (1). Ce n'est plus l'Etat seul qui va exploiter certaines entreprises d'intérêt général, ce n'est pas davantage un particulier concessionnaire, avec l'aide financière de l'Etat et sous son contrôle. L'exploitation est confiée à une société dans laquelle l'Etat est associé avec de simples particuliers. C'est à cette société que l'on a donné le nom de « société mixte ». L'on a dénommé l'entreprise qu'elle exploite entreprise « d'économie mixte » ou entreprise « d'intérêt collectif ». Il en a été donné une définition très exacte : « L'entreprise d'intérêt collectif est une

1. Les pays étrangers nous ont devancé dans l'application de cette nouvelle formule économique. Les exemples en sont trop nombreux pour que nous puissions les examiner ici. Nous renvoyons aux thèses de M. Lapie, p. 31-70 et de M. Platon, p. 24-36 42-47, 55-72, qui sont très documentées sur ce point.

entreprise dans laquelle le capital responsable, le capital actions de la société est apporté, pour une partie par de simples particuliers et pour l'autre partie par des administrations publiques (villes ou Etats) et dans laquelle de plus la direction supérieure est exercée de concert par des personnes privées et par les représentants des personnes publiques » (1). Elle est intermédiaire entre l'entreprise publique gérée par l'Etat pour satisfaire des besoins d'intérêt général au moyen de ressources publiques et l'entreprise privée gérée par des particuliers avec des capitaux privés, dans le but de réaliser des bénéfices.

II. — Les cas d'application de la Société mixte en France. — Examen des lois et projets qui l'ont consacrée.

La loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique

La première loi qui à notre connaissance, ait consacré cette formule est celle du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique. Cette loi, après avoir posé le principe que nul ne peut disposer de l'énergie hydraulique s'il n'a obtenu une autorisation ou une concession, dispose que l'Etat peut aider financièrement les entreprises concession-

1. Richard Passow, *Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen*. Léna, 1912.

naires qui ont pour objet la fourniture d'énergie à des services publics ou qui concernent la défense nationale et celles (les entreprises) qui s'occupent de l'aménagement des cours d'eau pour en faciliter l'utilisation et en améliorer le régime. C'est donc au nom de l'intérêt général que l'Etat intervient dans ces entreprises.

Son intervention financière peut revêtir plusieurs formes. Il peut faire par concession *un apport* du cours d'eau ; cet apport sera rénuméré par l'attribution d'actions d'apport (art. 10, 8° c). Le nombre des actions qui lui seront attribuées variera avec l'importance de la concession, la puissance et la destination de l'usine ; il variera aussi avec la nature du cours d'eau dont l'énergie a été concédée. Il sera plus élevé s'il apporte une concession sur une rivière navigable ou flottable que sur des cours d'eau privés soumis au droit d'usage des riverains.

L'Etat peut aussi *venir pécuniairement* à l'aide de l'entreprise de trois façons, par l'*avance*, par la *subvention*, par la *souscription* d'une partie du capital social (Art. 10, 8° d. e. f.). Lorsqu'il fait *une avance*, il reçoit en retour, des *obligations* ; il n'est pas alors associé, mais simplement créancier à la suite d'un prêt. S'il contribue à l'aménagement de la chute sous forme de *subvention*, on lui attribue des *actions de second rang dites ordinaires* quant au dividende et au remboursement ; l'Etat est dans ce cas associé, puisqu'il profite des bénéfices. S'il *souscrit* une

partie du capital social, il reçoit des *actions de premier rang dites privilégiées*.

Aux termes de l'article 23 de cette loi de 1919, les autres personnes morales de droit public, départements, communes, syndicats de communes et établissements publics peuvent être dans les mêmes conditions actionnaires de ces sociétés, à condition toutefois d'avoir fait préalablement approuver leurs engagements par décision concertée du ministre de l'Intérieur et du ministre chargé des forces hydrauliques.

Décret du 18 octobre 1923

La loi de 1919 n'a pas réglementé la situation dans la société de l'Etat actionnaire ; c'est à peine si l'article 10, 8^e g fait allusion aux représentants que l'Etat pourra avoir au conseil d'administration. Cette lacune a été comblée par le décret du 18 octobre 1923 — rendu pour l'application de cette loi — qui fixe les conditions de représentation de l'Etat dans les sociétés auxquelles il contribue financièrement sous forme d'avance ou de subvention.

Ce décret vise la représentation de l'Etat aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. Qu'il soit apporteur de biens en nature ou de numéraire, l'Etat a le droit d'être représenté aux assemblées et au conseil d'administration. Il se fait représenter par des personnes physiques qui n'auront pas personnellement la qualité d'actionnaire ou

d'administrateur, qui ne seront que ses mandataires.

Il participe aux assemblées générales constitutives, ordinaires ou extraordinaires par l'intermédiaire d'un délégué choisi par lui sur une liste de fonctionnaires ou d'anciens fonctionnaires énumérés par l'article 2 du décret. Ce délégué aura un nombre de voix équivalent au nombre d'actions que l'Etat possède.

L'Etat se fera également représenter au conseil d'administration par quelqu'un de son choix qu'il désignera lui-même, après avoir entendu le conseil d'administration (article 7). Ce représentant de l'Etat n'a pas besoin de remplir les conditions exigées par le droit commun. Il n'est pas tenu d'être personnellement propriétaire d'actions (article 8). Il a cependant les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres du conseil d'administration tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis de tiers (article 5), et il est nommé pour la même durée que les administrateurs désignés par l'assemblée générale.

Le décret ne contient aucune disposition relative au vote des représentants de l'Etat. Lorsqu'ils seront plusieurs au conseil d'administration, seront-ils tenus de voter tous dans le même sens, pourront-ils au contraire émettre des votes différents? Les travaux préparatoires du décret paraissent avoir adopté cette dernière solution et les administrateurs bien que représentant tous une seule et même personne peuvent voter en sens divers. Cela est diffi-

lement explicable, car la volonté de l'Etat qu'ils représentent est une.

L'Etat ne peut pas révoquer sans raison les représentants qu'il a choisis. L'article 7 du décret contient une énumération limitative des causes de révocation. Leur mandat prend fin lorsqu'ils perdent le titre à raison duquel ils en ont été investis, s'ils ne reçoivent pas une nouvelle investiture ou lorsqu'ils se trouvent dans l'impossibilité de l'exercer. Il appartient au ministre des Travaux publics d'accord avec le ministre des Finances, de remplacer tout représentant qui aura par sa faute engagé la responsabilité civile de l'Etat ou compromis les intérêts de l'Etat.

En effet, aux termes de l'article 8 *in fine*, la responsabilité civile incombe à l'Etat, la responsabilité pénale est encourue par le délégué personnellement.

Enfin — et c'est là une disposition difficilement conciliable avec l'idée que c'est l'Etat qui est lui-même administrateur — les représentants de l'Etat auront droit aux jetons de présence et aux tantièmes attribués d'une façon générale à tous administrateurs de la société (article 10). Logiquement cette rémunération aurait dû être attribuée à l'Etat.

Le titre III du décret (art. 12-15) est consacré à la représentation de l'Etat obligataire. Lorsque l'Etat possède des obligations, il a le droit de se faire représenter auprès de la société par un commissaire du gouvernement. Celui-ci peut présenter des

observations à l'assemblée générale, au conseil d'administration et dans les comités de direction ; il intervient alors comme défenseur des intérêts de l'Etat créancier.

Il n'a pas un droit de veto, mais lorsqu'une décision lui paraît contraire aux clauses de l'acte de concession ou du contrat spécial qui fixent les conditions auxquelles l'Etat a consenti son avance, le commissaire du gouvernement peut présenter des observations par écrit et demander une seconde délibération. Si à la suite de cette délibération le conseil maintient sa décision première, c'est le ministre des Travaux publics qui se prononcera sur la question.

Tel est dans ses traits généraux le système financier et juridique instauré par la loi du 16 octobre 1919 et le décret du 18 octobre 1923. Nous montrerons au cours de cette étude, les nombreuses dérogations qu'il a apportées aux règles du droit commun en matière de sociétés, et plus particulièrement à la loi du 24 juillet 1867 et aux lois postérieures qui l'ont modifiée ou complétée (1).

**Loi du 11 août 1920 relative au transport d'énergie
électrique dans les régions libérées**

Le législateur a fait une application nouvelle de la formule de l'Etat actionnaire dans une loi du

1. Sur l'application de la loi de 1919. Voir Platon, *l'Etat actionnaire et administrateur des sociétés*, thèse Paris, 1925, p. 98 ; Lapie, *Les entreprises d'économie mixte*, p. 89.

11 août 1920 « autorisant les travaux d'établissement par l'Etat d'un réseau de transport d'énergie électrique à haute tension dans les régions libérées et fixant les règles éventuelles d'exploitation de ce réseau ».

Dans cette loi, comme dans la précédente, c'est l'intérêt général qui justifie l'intervention de l'Etat. Il est, en effet, d'intérêt collectif que l'électricité soit distribuée régulièrement et en abondance dans toutes les régions du pays, et que le prix en soit aussi peu élevé que possible (1).

Avant la guerre, les distributeurs d'énergie électrique jouissaient d'un monopole de fait, ils n'avaient, par application de la loi du 15 juin 1906 qu'à demander des permissions de voirie ou des concessions.

Par suite de l'augmentation des prix des matières premières et des troubles apportés par la guerre, les réseaux de distribution d'énergie électrique ne purent être développés, les tarifs cependant durent être élevés. L'intérêt général en souffrait. Aussi, par les lois du 11 juin 1920 et du 19 juillet 1922, le législateur a établi un nouveau régime pour le transport de l'énergie électrique; il a créé des « sociétés mixtes ».

La première de ces lois vise le transport de l'énergie dans les régions libérées seulement. D'après cette loi, le réseau est exploité par une société mixte

1. Voir sur ce point : Bonifacy, *Service public et distribution d'énergie*, thèse Paris, 1921.

dans laquelle sont associés des producteurs d'énergie et l'Etat. Cette société est administrée par des représentants de l'Etat et des représentants des producteurs. Ceux-ci sont soumis aux règles ordinaires des sociétés anonymes, ils sont nommés par l'assemblée générale pour une période de six ans parmi les actionnaires. Les représentants de l'Etat au contraire obéissent à des règles particulières, ils ne sont pas tenus d'être propriétaires d'actions et sont nommés par le ministre des Travaux publics (art. 3 *in fine*). C'est également le ministre des Travaux publics qui désigne le président du conseil d'administration.

L'Etat a donc une place prépondérante dans l'administration de cette société.

Le capital de la société comprend des actions de numéraire et des actions d'apport. Les premières seront souscrites par des sociétés ou des particuliers exploitant des entreprises de production et de distribution d'énergie électrique et par l'Etat. Les actions d'apport seront réparties entre l'Etat et la société.

Par application de cette loi, deux sociétés ont été constituées « la société de transport d'énergie électrique du Nord » et la « société de transport d'énergie électrique de l'Est » dont les conditions ont été approuvées par un décret du 28 mars 1923. Dans ces deux sociétés l'Etat est associé avec des sociétés productrices d'électricité. Les actions en sont toutes nominatives, elles ne peuvent être aliénées qu'avec

l'agrément du conseil d'administration. L'Etat a les $\frac{2}{5}$ du capital et en cas d'augmentation de capital il pourra souscrire des actions nouvelles afin de détenir les $\frac{2}{5}$ du capital et il nomme les $\frac{2}{5}$ des membres du conseil d'administration. Les autres membres sont désignés par l'assemblée générale.

Les représentants de l'Etat sont nommés par le ministre des Travaux publics sans conditions particulières exigées ; ils n'ont pas besoin d'être propriétaires d'actions. A l'assemblée générale, l'Etat est représenté par un ou plusieurs délégués du ministre des Travaux publics.

**Loi du 19 juillet 1922 relative à la création de réseaux
d'énergie électrique à haute tension**

Cette loi prévoit la création d'organismes collectifs dans lesquels l'Etat sera actionnaire ainsi que les collectivités secondaires comme les départements les communes. Elle a pour objet d'assurer une meilleure installation des réseaux de transport d'énergie électrique et par là une meilleure répartition de l'énergie. A notre connaissance, cette loi n'a pas encore reçu d'application. Les règlements d'administration publique qui doivent réglementer le concours financier des personnes morales publiques et leur représentation au conseil d'administration n'ont pas encore été rendus.

.

La loi du 27 mai 1921 relative à l'aménagement du Rhône (1)

Cette loi prévoit la création d'une société ayant pour objet d'aménager le Rhône au triple point de vue de la force motrice, de la navigation et de l'irrigation.

Le capital de cette société devra être considérable puisque le montant de la dépense prévue en 1921 s'élevait déjà à la somme de 3.600 millions.

Les dépenses pour la réalisation des travaux seront couvertes au moyen d'actions et d'obligations (360 millions d'actions, 3.240 millions d'obligations). Le capital actions sera souscrit par les collectivités ou établissements publics intéressés, par les industries régionales et les particuliers (2). L'Etat n'est donc pas actionnaire, il peut le devenir en accordant des subventions à la société.

Le reste du capital est constitué en obligations. Le rôle essentiel de l'Etat est de garantir auprès du public l'intérêt et l'amortissement du capital obligations. Il a droit en retour à 80 o/o des bénéfices, après prélèvement de l'intérêt et de l'annuité d'amortissement des obligations et de l'intérêt des

1. Voir Wohrer, *L'aménagement du Rhône et la loi du 27 mai 1921*, thèse Aix, 1925.

2. Le capital actions est divisé en 4 branches de 90 millions chacune réservée : 1° aux collectivités et établissements publics de la région parisienne ; 2° aux collectivités et établissements publics autres (départements riverains. Chambres de commerce, Villes) ; 3° à la Compagnie P.-L.-M. ; 4° aux particuliers.

actions. Il a droit également, bien qu'il ne soit pas actionnaire, à faire partie du conseil d'administration de la société. L'article 3 (dernier paragraphe) de la loi du 27 mai 1921 décide en effet que « les représentants de l'Etat, des départements et des communes devront comprendre au moins les $\frac{2}{3}$ des membres du conseil d'administration et ceux de l'Etat seul les $\frac{2}{5}$. Le Président du conseil d'administration sera désigné par l'Etat parmi ses représentants ».

Il n'y a dans la loi de 1921 aucune disposition relative à la représentation de l'Etat dans les assemblées générales. Si l'on applique les principes il faut dire : l'Etat n'étant pas actionnaire, ne peut être représenté aux assemblées générales. Malgré cela, un projet de décret 15 février 1925 (se référant à l'article 10-8° g de la loi du 16 octobre 1919 interprété par l'article 4 du décret du 18 octobre 1923) décide que l'Etat en vertu de sa seule participation financière sera représenté aux assemblées générales d'actionnaires par un délégué et qu'il disposera d'un nombre de voix égal aux deux tiers de celles dont disposeront les titulaires des actions présentes ou représentées. »

Ainsi bien que n'étant pas actionnaire — et c'est là une grave dérogation à la loi du 24 juillet 1867 — l'Etat sera un administrateur important de la société, et même, d'après le projet de décret, sera représenté aux assemblées générales. Voilà de graves dérogations apportées à la loi du 24 juillet 1867,

et que rien au point de vue juridique ne peut justifier, pas même la participation financière de l'Etat à la société pour garantir l'intérêt et l'amortissement des obligations. L'Etat aura la situation d'un actionnaire, les droits d'un gros actionnaire sans être titulaire d'une seule action !

Cette loi n'a pas encore reçu son application. Des difficultés financières ont empêché la constitution de la société ; les capitaux nécessaires n'ont pu être réunis. Il ne nous semble pas d'ailleurs qu'il y ait lieu de le regretter. C'était engager l'Etat dans des dépenses considérables pour une affaire dont les résultats utiles sont incertains, et le moment n'est guère opportun pour cela. C'est ce qui a fait dire à un économiste contemporain que c'était actuellement une « œuvre antinationale ».

**La loi du 27 juillet 1921
sur la société des services contractuels
des messageries maritimes**

Nous devons mentionner comme ayant fait application de la formule nouvelle économique de collaboration de l'Etat et des particuliers dans une société, la loi du 27 juillet 1921 « concernant l'exploitation des services maritimes postaux et d'intérêt général sur l'Extrême-Orient, l'Australie et la Nouvelle-Calédonie, la Côte orientale d'Afrique et la Méditerranée orientale ».

Pour l'exploitation de ces services maritimes pos-

taux, il est créé une société anonyme dont le capital est entièrement souscrit par la Compagnie des Messageries maritimes. L'Etat a cependant un droit aux bénéfices et intervient directement dans l'administration en nommant la moitié des administrateurs.

La formule de l'Etat actionnaire a été consacrée dans plusieurs projets de loi votés par la Chambre des Députés en 1923. Il convient d'en examiner brièvement les dispositions essentielles, bien qu'ils n'aient pas abouti.

Le projet du 8 février 1923 relatif à la constitution d'une société d'économie mixte pour la fabrication de l'ammoniaque synthétique.

L'article 2 de ce projet prévoyait la création d'une société anonyme ayant pour objet la fabrication des engrais et produits azotés dérivant de l'ammoniaque (acide nitrique qui sert à la fabrication d'explosifs).

Le capital de cette société était de 50 millions, représenté par 500.000 actions de 100 francs. 200.000 actions de priorité devaient être souscrites par groupe de 50.000 par les syndicats agricoles, les chambres de commerce et syndicats de producteurs de produits chimiques, par souscription publique, par les syndicats ouvriers. 300.000 actions ordinaires devaient être attribuées à l'Etat.

Comme en vertu de l'article 6 du projet toutes les

actions qu'elles soient de priorité ou ordinaires avaient une voix dans l'assemblée générale, l'Etat aurait pu ainsi constituer à lui seul la majorité et la société en réalité aurait été étatiste.

Le système d'administration envisagé s'écarterait considérablement des règles de la loi de 1867 (art. 5 du projet). Sur 20 membres que comprenait le conseil d'administration, l'Etat en désignait 14, les 6 autres membres étaient nommés par les actionnaires de priorité.

Sous le nom de société mixte cette société aurait été en réalité étatiste. Aussi le Sénat n'a pas voté le projet de la Chambre.

La fabrication et la vente des produits azotés appartient aujourd'hui à un « office national industriel de l'azote » créé par une loi du 11 avril 1924. Cet office est un établissement public placé sous l'autorité du ministre des Travaux publics, il est doté de la personnalité civile et possède l'autonomie financière.

**Le projet du 21 février 1923
sur l'amodiation des mines de potasse d'Alsace**

Par ce projet, l'exploitation des mines de potasse était confiée par concession faite pour soixante-quinze ans, à une société anonyme mixte. Le capital de cette société était souscrit pour moitié par les syndicats agricoles, pour l'autre moitié par les collectivités publiques d'Alsace (départements et communes), les industries chimiques, le personnel, les porteurs fran-

çais de Kuxes, c'est-à-dire de parts sociales dans les sociétés minières allemandes.

L'Etat n'était donc pas actionnaire, aussin'avait-il pas de représentants directs au Conseil d'administration et aux assemblées ; il avait cependant le droit d'être représenté au Conseil d'administration par trois commissaires du Gouvernement qui pouvaient présenter toutes les observations qu'ils jugeaient utiles.

Ce projet a subi le même sort que le précédent relatif à l'ammoniaque synthétique. Le Sénat s'y est montré hostile. C'est un décret du 22 août 1924 qui réglemente actuellement l'exploitation provisoire des mines.

**Le projet du 29 mars 1923 autorisant une concession
de force hydraulique sur le cours de la Dordogne**

Comme la loi du 27 mai 1921 sur l'aménagement du Rhône, ce projet vise l'aménagement d'une partie du cours de la Dordogne au point de vue de l'énergie hydraulique, de la navigation et de l'irrigation.

Une société est constituée à cet effet, dont le capital-actions sera souscrit par les chambres de commerce des départements intéressés (1) ou par d'autres collectivités autorisées par un décret pris en Conseil d'Etat. L'intérêt et l'amortissement du capi-

1. La Corrèze, le Cantal, le Puy-de-Dôme, la Haute-Loire, l'Allier.

tal obligations sera garanti par l'Etat et par les départements et les communes.

Le Conseil d'administration de la société comprendra 21 membres dont trois nommés par l'Etat. L'Etat sera représenté au Conseil d'administration par 3 membres nommés par lui et aux assemblées générales, où il aura un nombre de voix proportionnel à celui qu'il a au Conseil, dans la même proportion qu'au Conseil. Les représentants de l'Etat ne sont pas tenus d'être personnellement propriétaires d'actions.

L'Etat n'est donc pas actionnaire, il est cependant représenté au Conseil d'administration et aux assemblées en vertu d'un *capital fictif*. C'est là véritablement une forme nouvelle et singulière de capital social. Qu'est-ce en effet qu'un capital fictif, sinon un capital qui ne représente rien ni un apport en nature ni un versement en numéraire. C'est en réalité une part de capital attribué à l'Etat, parce qu'il est Etat et puissance publique.

Cela rappelle un peu le prélèvement sur le capital, par lequel l'Etat aurait des parts bénéficiaires dans les sociétés sans rien apporter.

Cette notion de capital fictif, contraire à toute notion juridique de capital social, est très dangereuse au point de vue pratique. Une société en effet ne fonctionne pas avec des mots mais avec de l'argent. Comment pourrait marcher une société dont tout le capital serait fictif. De plus, et c'est là le dan-

ger de cette notion, si l'Etat n'apporte plus rien dans la société, il ne court plus alors aucun risque et il est à redouter que dans ces conditions il ne veuille rentrer dans toutes les sociétés.

C'est contraire à la conception juridique de la société. Dans une société anonyme, nous le verrons, ceux-là seuls ont des droits qui ont fait un apport en nature ou en argent à la société ; leur gestion est alors garantie par leurs actions, ils ont d'ailleurs intérêt en tant qu'actionnaires à bien administrer la société. L'administration de l'Etat n'aura plus aucune garantie financière, l'Etat n'ayant plus aucun intérêt.

« Aujourd'hui ce sont des domaines nouveaux qui se ferment à l'activité privée ; si demain les biens privés eux-mêmes venaient à être saisis par la puissance publique au moyen d'un procédé aussi facile quels particuliers accepteraient de travailler aux côtés d'un administrateur qui n'aurait aucun intérêt pécuniaire direct dans son affaire. Nous nous permettons de douter d'autre part que l'Etat ou les autres collectivités, puissent être stimulés vers la meilleure activité possible alors qu'il s'agit de biens acquis à si peu de frais. (1) »

Au point de vue économique, ce projet n'est pas moins dangereux. Avant de constituer une société, on l'étudie ; on cherche à établir les prix de revient. Or, ce projet d'aménagement de la Dordogne est un projet

1. Platon, *L'Etat actionnaire et administrateur de sociétés* thèse Paris, 1925, p. 152.

coûteux, la Compagnie Loiret-Centre pouvait fournir l'électricité à un prix de revient bien inférieur.

Il y a dans toutes ces lois et dans tous ces projets relatifs à la société mixte une évolution qu'il est facile de remarquer.

Dans la loi de 1919, sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, c'est le particulier qui est associé avec l'Etat. Dans les derniers projets que nous venons d'examiner, l'Etat est associé non plus avec des particuliers mais avec des collectivités et des usagers.

Peut-être ces projets ont-ils été inspirés par la conception économique de la « nationalisation industrialisée » ; dans tous les cas, ils paraissent avoir été dirigés contre l'industrie privée.

III. — Notion économique de la société mixte. Ses avantages. Ses dangers. Difficultés de réalisation au point de vue juridique.

Il nous est maintenant possible de dégager les caractères essentiels de la société mixte. Elle nous apparaît avant tout comme une société dans laquelle les personnes morales publiques — l'Etat, le département ou la commune — sont associées avec des personnes morales privées ou de simples particuliers. Elle gère un service d'intérêt général, pour la satisfaction de cet intérêt général, d'après des méthodes industrielles ou commerciales. Elle est intermédiaire

entre l'entreprise privée qui fonctionne avec des capitaux privés et qui poursuit un but lucratif privé, la réalisation de bénéfices, et le service public qui fonctionne avec les ressources publiques et qui poursuit un but d'intérêt collectif, la satisfaction de l'intérêt de la collectivité.

L'entreprise mixte tient en effet de l'une et de l'autre, puisqu'elle fonctionne avec des capitaux publics et privés, qu'elle est gérée par l'Etat et par les particuliers et qu'elle poursuit comme but, la satisfaction de l'intérêt général par des méthodes industrielles ou commerciales.

Nous n'avons pas à rechercher ici les raisons pour lesquelles cette formule économique a fait son apparition en France. Il paraît résulter de tous les textes législatifs que nous avons précédemment étudiés, que l'Etat n'intervient comme actionnaire que dans les entreprises qui intéressent de près ou de loin l'intérêt général. Il intervient pour assurer un meilleur fonctionnement régulier de l'entreprise et faire vendre le produit à un prix minimum, comme c'est le cas dans la loi du 16 octobre 1919 relative à l'énergie hydraulique et les lois de 1920 et 1922 sur le transport de l'énergie électrique.

La formule de l'Etat actionnaire apparaît comme un correctif assez heureux à la gestion purement égoïste par le particulier ou à la gestion par l'Etat seul des entreprises d'intérêt général. On a pris à cha-

cun de ces systèmes ce qu'il avait de bon et l'on a créé avec tous ces éléments dissociés un système économique au premier abord assez séduisant. La gestion par l'Etat est trop administrative, longue et coûteuse ; on gèrera les entreprises d'intérêt général avec les méthodes des particuliers, méthodes commerciales beaucoup plus rapides et hardies.

La gestion par le particulier est trop égoïste et dirigée vers un but lucratif égoïste, on gèrera les entreprises d'intérêt général dans le même but que les services publics, dans l'intérêt de la collectivité.

Et pour cela, on fait entrer l'Etat dans la société pour qu'il gère lui-même la société, l'entreprise en concours avec les particuliers.

La gestion par une société mixte d'un service d'intérêt général apparaît en effet comme bien supérieure à la gestion par l'Etat en régie ou en concession. Nous avons vu que l'exploitation en régie entraînait avec elle de gros risques financiers pour l'Etat, puisque c'est lui seul qui les supporte, et était gérée suivant les méthodes administratives beaucoup plus routinières et compliquées, d'où plus coûteuses que les méthodes de l'industrie privée.

Par l'exploitation d'un service d'intérêt général en société mixte, les risques financiers de l'Etat sont beaucoup moins considérables, puisqu'il ne les court plus seul et d'autre part, — et c'est le second avantage de la société mixte sur l'exploitation en régie, — l'entre-

prise est gérée d'après les méthodes de l'industrie privée.

L'exploitation en société mixte est aussi préférable pour l'Etat à la concession. Sans doute, par cette dernière forme d'exploitation, l'Etat n'est exposé à subir aucune perte, mais il ne profite pas non plus des bénéfices ; de plus, l'exploitation qui doit être faite dans l'intérêt général est souvent faite par le concessionnaire dans son intérêt personnel. La société mixte évite ces deux inconvénients. L'Etat participe aux bénéfices, — il est vrai qu'en retour il participe aux pertes, — et par sa présence, dans la société il assure la satisfaction de l'intérêt général.

Associer l'Etat et les particuliers pour la gestion des entreprises d'intérêt général est un correctif assez heureux à l'étatisme pur — on évite ainsi par cette association les inconvénients de l'étatisme — et l'on peut considérer la formule de l'Etat actionnaire comme une *réaction contre l'étatisme*.

Mais aussi sous le prétexte de l'intérêt général (qu'il est très difficile de définir, car sa notion est imprécise et indéterminée), on peut étendre cette formule nouvelle à la gestion d'entreprises privées. On fera ainsi entrer l'Etat comme actionnaire dans des entreprises où jusqu'à présent il n'avait aucune raison d'intervenir, parce que ces entreprises ne mettent pas en jeu ou tout au moins d'une façon directe l'intérêt général. Pourquoi associer l'Etat dans les sociétés fabriquant l'ammoniaque

synthétique ou exploitant les potasses d'Alsace ? Ce sont là, semble-t-il, des sociétés purement industrielles ou commerciales, ou alors il faut dire que toutes les entreprises mettent en jeu l'intérêt général. Et pourquoi ne pas associer l'Etat avec les minotiers et les boulangers ? Il y a là cependant, si l'on entend ainsi largement l'intérêt général — un intérêt général, le public est intéressé au premier chef à payer le pain le moins cher possible ; il y a même là un besoin plus général que l'usage de l'énergie hydraulique ou électrique.

Avec une telle conception de l'intérêt général, la formule de l'Etat actionnaire apparaît alors comme un moyen de limiter l'action des particuliers dans le domaine économique ; c'est une étape dans la réalisation de cette idée que l'économie n'est pas une affaire privée, mais une affaire publique intéressant la collectivité. « Elle est une étape entre une économie individualiste à but lucratif et une économie à but d'intérêt commun, socialisée » (1).

A ce point de vue, la formule de l'Etat actionnaire apparaît alors comme le moyen d'étendre de plus en plus le rôle de l'Etat dans les entreprises privées, en attendant que ces entreprises soient socialisées.

Cette nouvelle formule économique est donc une arme à deux tranchants, qui, si on ne l'utilise pas avec prudence et précautions risque de produire des

1. Lapie, p. 171.

résultats tout à fait opposés à ceux-là même que l'on voulait lui faire produire.

Elle peut restreindre l'intervention de l'Etat dans l'économie nationale, mais aussi, elle risque de l'étendre.

C'est donc une formule dangereuse qu'il faut appliquer avec prudence si l'on ne veut pas atteindre un but contraire à celui que l'on poursuivait.

Toute la difficulté consiste dans sa réalisation pratique.

Quels que soient ses inconvénients, cette formule est moins dangereuse cependant que la conception économique de « la nationalisation industrialisée » élaborée par le Conseil économique de la Confédération générale du Travail et avec laquelle elle a certains traits de ressemblance. D'après cette conception, la direction d'une entreprise appartiendrait à un conseil comprenant des représentants des consommateurs ou usagers, des représentants du personnel ouvrier et enfin des représentants de l'Etat.

La société mixte rappelle un peu cette conception, elle en diffère cependant par plusieurs points. La conception de la nationalisation industrialisée est beaucoup plus large que celle de l'économie mixte qui n'a encore reçu que quelques applications pratiques. Il n'y a pas dans la société mixte une représentation de l'élément ouvrier comme dans la conception de la « nationalisation industrialisée » où le conflit d'intérêts est plus grave encore, car les ouvriers chercheront

à toucher le salaire le plus élevé, les usagers chercheront à faire baisser le prix de revient des produits pour que le prix de vente soit le plus bas. Quant aux représentants de l'Etat, ils seront soumis à des influences politiques ou électorales qui ne sont pas faites pour faire prospérer une entreprise.

Alors que dans les sociétés ordinaires on a toujours les yeux fixés sur le prix de revient et que tout est subordonné à l'étude de ce prix, ici au contraire, on se lance à la légère dans des entreprises où les conflits d'intérêts en présence risquent fort de compromettre la bonne marche de la société.

Cette nouvelle formule d'organisation économique entraîne avec elle des inconvénients pour l'Etat.

L'Etat actionnaire d'une société est associé aux chances bonnes ou mauvaises de la société. Il participe aux bénéfices, mais il est tenu également de participer aux pertes. Si la société fonctionne mal, il perdra tout ce dont il aura fait l'apport. Or, il est à remarquer que les entreprises comme celles dans lesquelles le législateur l'a fait entrer comme associé — le transport de l'énergie électrique par exemple — exigent des dépenses considérables pour des profits incertains ou tout au moins assez éloignés.

Il ne convient pas — surtout à une époque de crise financière comme celle que nous traversons en ce moment — d'engager à la légère les deniers publics c'est-à-dire les deniers des contribuables. Aussi, il importe de limiter l'intervention de l'Etat aux seules

entreprises où sa présence est vraiment indispensable et de ne pas, sous le prétexte de l'intérêt général l'étendre à des entreprises où l'activité des particuliers est suffisante.

Enfin, et c'est là une des difficultés de constitution des sociétés mixtes, il est à craindre que l'on ne trouve pas les capitaux privés nécessaires. Les particuliers ne souscriront pas volontiers des actions de ces sociétés mixtes ; la présence de l'Etat dans la société les fera peut-être hésiter et ils seront d'autant plus hésitants qu'ils sauront que la société mixte ne poursuit pas un but lucratif immédiat. Or, les gens qui souscrivent des actions le font généralement pour réaliser des bénéfices. Aussi, les particuliers seront-ils détournés de ces placements qui ne leur paraîtront pas assez avantageux (1).

Et lorsque dans la société il y aura à côté de l'Etat et des particuliers des représentants des usagers, comme l'a très justement fait remarquer M. Rolland (2) il est à craindre que « les représentants des usagers dans le conseil d'administration n'aient une tendance fort naturelle à faire la part très large aux intérêts de ceux qui se servent de l'entreprise et à y subordonner tout le reste y compris l'équilibre financier de l'affaire. La situation de l'Etat actionnaire devient alors assez grave ». La situation des particuliers qui

1. Lapie, p. 137.

2. Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives sur la question de l'Etat actionnaire (*Bulletin de la Société* 1924, p. 70).

ne sont pas usagers, elle aussi s'aggravera et cette nouvelle perspective n'est pas faite pour les engager à souscrire des actions.

Nous avons montré que la société mixte suppose une égalité de situation et d'influence dans la société entre l'Etat et les simples particuliers. C'est cette égalité qu'il va être très difficile de réaliser car les parties en présence sont de *puissance inégale* et les *intérêts* poursuivis par chacune d'elles sont *différents*.

L'Etat est une personne morale de droit public qui dispose de la puissance publique et qui est soumise à des règles particulières en ce qui concerne les tribunaux compétents pour le juger et sa responsabilité. De plus, il ne poursuit pas le même but que les autres associés. Ceux-ci veulent en effet réaliser le plus de bénéfices, l'Etat veut assurer la satisfaction de l'intérêt général, or la satisfaction de l'intérêt général n'est pas précisément la satisfaction de l'intérêt personnel des autres associés. L'intérêt collectif est un intérêt qui est au moins différent, quand il n'est pas opposé à l'intérêt des associés. Pour prendre un exemple dans une loi qui a consacré en France l'entreprise mixte, l'intérêt collectif ce sera l'intérêt des usagers, des consommateurs, en un mot, du public qui utilisera l'énergie électrique. Or l'intérêt de ces gens-là est de payer l'électricité le moins cher possible. L'intérêt personnel des associés sera au contraire de réaliser le plus

de bénéfiques, c'est-à-dire de vendre l'électricité au plus haut prix.

Dès lors, il est à redouter qu'à la faveur d'un équilibre mal établi, l'une des parties ne prenne la prééminence sur l'autre et que l'entreprise n'ait plus guère de mixte que le nom. Si les particuliers l'emportent sur l'Etat, l'entreprise sera gérée alors dans un but privé comme une entreprise privée, les particuliers ayant la majorité rechercheront la satisfaction de leur intérêt particulier avant la satisfaction de l'intérêt général. La présence de l'Etat dans la société n'aura aucune utilité.

Que si au contraire, l'Etat prend la place prépondérante, la société en apparence commerciale sera en réalité étatiste, et la présence des particuliers n'aura plus alors aucun effet, et par conséquent plus aucune raison d'être.

Cet inconvénient a été aperçu par ceux-là même qui ont fondé sur cette nouvelle formule économique les plus grands espoirs. « Mais, écrit M. Lapie (1), il demeure à la charge de la nouvelle formule un défaut, elle est *instable*... Cette institution relie la puissance publique à l'activité privée, elle concilie le droit public et le droit commercial, elle est l'intermédiaire entre l'administration et l'économie. Elle doit régner sur le terrain médian de l'entreprise d'intérêt collectif. Pour un rien, pour un

1. Lapie, *Les entreprises d'économie mixte*, thèse Paris, 1925, p. 169.

dosage malheureux elle s'évade. Elle joue à *la puissance publique*, ou bien à l'inverse *elle sert le capital privé*. »

De là, toute une série de difficultés pour réaliser cette conception économique dans le cadre de la société anonyme. Elle suppose, nous l'avons vu, un équilibre de forces entre l'Etat et les particuliers. Comment établir et surtout comment maintenir dans une société anonyme un équilibre entre deux personnes *d'inégale puissance* qui ne défendent pas *les mêmes intérêts* ? Il faut appliquer à l'Etat, comme aux autres actionnaires les dispositions du droit commun. Est-ce possible ? Et si on le fait, n'est-il pas à craindre que l'Etat n'ait plus dans la société la place que dans sa conception théorique de la société mixte le législateur lui a faite ?

C'est ce que nous allons rechercher dans les deux parties de cette étude en examinant successivement la situation de l'Etat actionnaire et la situation de l'Etat administrateur dans la société mixte.

PREMIÈRE PARTIE

L'ETAT ACTIONNAIRE

Il n'y a dans notre législation aucun texte qui interdise aux personnes morales publiques d'être actionnaires d'une société commerciale. Avant la loi du 16 octobre 1919, la première qui ait formellement prévu l'entrée de l'Etat dans une société anonyme, l'Etat pouvait se trouver propriétaire d'actions lorsqu'il en recueillait dans une succession en deshérence. Il le peut encore aujourd'hui. Dans ce cas, l'Etat ne considère généralement dans l'action que sa valeur et il est de pratique administrative courante de confier les titres à l'Administration des Domaines qui les vend au meilleur cours. Au point de vue juridique, cette situation ne soulève aucune difficulté. L'Etat est alors un actionnaire qui veut avant tout réaliser des bénéfices plutôt que s'occuper de la gestion de la société.

Par application de la loi de 1919 et des autres lois sur les sociétés mixtes, la situation de l'Etat dans la société n'est pas la même. Elle n'est plus comparable à celle d'un particulier qui fait un placement

de capitaux et qui désire que ses capitaux lui rapportent le plus de profits. L'Etat participe comme fondateur ou souscripteur d'actions à la constitution de la société ; il entend avoir, pour des raisons d'intérêt général, une part effective à la gestion de cette société.

En l'absence d'un texte spécial, il faut appliquer à l'Etat les lois sur les sociétés et plus particulièrement les dispositions de la loi de 1867. Cela soulève des difficultés considérables car ces lois ont été faites pour associer des capitaux privés entre eux et non des capitaux publics avec des capitaux privés. C'est à l'examen des difficultés relatives à la *situation de l'Etat actionnaire* que nous avons consacré la première partie de cette étude.

Nous examinerons dans un premier chapitre les obstacles juridiques d'ordre général qui rendent difficile l'application à l'Etat du droit des sociétés (chapitre I, l'Etat et le contrat de société). Nous rechercherons ensuite dans leurs détails les difficultés d'application de la loi du 24 juillet 1867 en ce qui concerne les actions de l'Etat et sa représentation dans les assemblées. Ce sera l'objet des chapitres II et III.

CHAPITRE PREMIER

L'ÉTAT ET LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

Nos lois sur les sociétés ont été faites pour des particuliers qui poursuivent un but lucratif. Peut-on les appliquer à l'Etat *personne morale*, *personne morale de droit public* qui poursuit par la société un *but d'intérêt général* ?

SECTION PREMIÈRE

L'Etat est une personne morale. Une personne morale peut-elle être actionnaire ou administrateur d'une société ?

Les dispositions du Code de commerce sur les sociétés et de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions ont été écrites pour des particuliers. On admet cependant que ces dispositions peuvent être étendues à des collectivités.

Il n'y a pas de difficultés à ce qu'une personne morale soit actionnaire. Elle se fera représenter aux assemblées générales par des personnes physiques qui voteront à sa place. Il y a au contraire de

sérieux obstacles à ce qu'une personne morale soit administrateur. Aussi a-t-on soutenu (1) qu'il n'était pas possible de conférer la fonction d'administrateur à une personne morale. La personne morale ne peut accomplir cette fonction qu'en envoyant à sa place au conseil d'administration un délégué. Ce délégué n'étant pas actionnaire, manque personnellement de la qualité requise par la loi pour être administrateur. L'article 22 de la loi de 1867 exige en effet que l'administrateur soit actionnaire et — d'après l'interprétation qu'on lui donne le plus souvent (2) — ne permet pas qu'on se substitue un tiers dans l'administration de la société.

On a fait encore observer que les administrateurs peuvent commettre des délits (distribution de dividendes fictifs) et encourir de ce fait une responsabilité pénale. Or la jurisprudence admet (3) que les personnes morales échappent à toute responsabilité pénale, parce qu'il n'est pas possible de leur appliquer des peines ; les êtres physiques qui les représentent ne peuvent pas davantage être poursuivis, puisqu'ils ne sont pas administrateurs en leur nom personnel. Et dès lors, les sanctions édictées par la loi de 1867 à l'encontre des administrateurs ne peuvent

1. Lacour et Bouteron, *Précis de droit commercial*, 2^e édition, Paris, 1921, p. 317, note 1 et p. 324, note 2.

2. Wahl, *Traité du contrat de société*, 2^e édition, p. 196 ; Pic, *Traité des sociétés*, II, 1128 ; Thaller.

3. Conseil d'Etat 8 mai 1896. Sirey 1897.3.113, note Hauriou ; Cass. Crim., 4 nov. 1898. Sirey, 1901.1.457, note Roux.

pas s'appliquer aux personnes morales administrateurs.

Tous les arguments invoqués pour refuser la fonction d'administrateur à une personne morale ont été repoussés, et la majorité de la doctrine (1) admet que par application des principes généraux du droit et en l'absence de toute interdiction légale, les personnes morales — plus spécialement les sociétés — peuvent être administrateurs de sociétés anonymes. La fonction d'administrateur est alors exercée par un représentant de la personne morale.

En effet, si l'on défend à l'administrateur de se substituer un tiers dans la gestion des affaires sociales, c'est pour éviter qu'il n'y ait dans le conseil d'administration des personnes non actionnaires et non intéressées par conséquent à la bonne marche des affaires de la société ; or les représentants de la personne morale de la société administrateur ont intérêt à ce que la société prospère puisqu'ils sont aussi actionnaires de la société associée.

* La prohibition de se substituer un mandataire au conseil d'administration n'a pas de raison d'être ici.

On a dit : la personne morale qui se fait représenter par un délégué n'agit pas par l'intermédiaire d'un

1. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 5^e édition, II, p. 175 ; Thaller et Pic, *Traité des sociétés commerciales*, n° 1116 ; Houpin, *Journal des sociétés*, 1901, p. 385 ; Wahl, *Journal des sociétés*, 1905, p. 280 ; *Annales de droit commercial*, 1905, p. 96 ; Henry, *les Sociétés de Sociétés*, *Journal des Sociétés*, 1919, p. 167.

mandataire mais par l'intermédiaire d'un « organe » qui exprime au dehors sa volonté interne.

On a fait remarquer enfin qu'il n'est pas impossible de faire peser sur les personnes morales une responsabilité pénale (1). On peut très bien les considérer comme responsables des infractions commises par leurs « organes ». Ou si l'on ne veut admettre cette solution, on peut rejeter le poids de la responsabilité pénale sur le représentant de la personne morale qui aura en fait commis l'infraction et le poursuivre comme co-auteur (2). De plus il y a des peines comme les peines pécuniaires par exemple, qui peuvent très bien être appliquées aux personnes morales.

Rien n'empêche donc la personne morale d'être actionnaire et administrateur d'une société. Il y a même dans notre législation des dispositions qui l'ont implicitement admis. La loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, modifiée en 1920, prévoit la constitution d'unions de syndicats. L'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par la loi du 16 novembre 1903 vise expressément la fusion de sociétés par voie d'absorption ou la création d'une société nouvelle. Enfin la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière consacre la possibilité pour une personne morale d'être

1. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse Paris, 1899.

2. Cf. Henry, *Journal des Sociétés* 1919 p. 169.

actionnaire et administrateur d'une société. La coopérative de main-d'œuvre propriétaire des actions de travail se fait représenter au conseil d'administration de la société par des délégués (article 74 nouveau de la loi de 1867).

Aucun obstacle de droit ne s'oppose donc à ce qu'une personne morale soit actionnaire et administrateur de société. L'Etat peut ainsi être actionnaire et administrateur. Des difficultés nouvelles se présentent ici car l'Etat n'est pas une personne morale ordinaire, mais une personne morale publique qui dispose de la puissance publique.

SECTION II

L'Etat est une personne morale de droit public. —

Difficultés d'application de la loi commerciale.

La difficulté que l'on a à soumettre l'Etat aux lois sur les sociétés, ne tient donc pas à sa qualité de personne morale puisque — nous venons de le voir — les personnes morales peuvent être actionnaires et administrateurs de sociétés ; elle tient avant tout à sa qualité de *personne morale de droit public*. Comme telle, il obéit à des règles particulières du droit public, il a une situation particulière au point de vue juridique et des attributs qui lui sont personnels. S'il rentre dans une société mixte, laquelle est en principe régie par le droit commer-

cial, il va être obligé de faire abandon de ses attributs et de se soumettre à l'application du droit commun.

C'est ainsi que les procès entre associés ou bien entre la société et ses associés (actions en nullité, en dissolution, versement de mise, responsabilité) sont, d'après l'article 631-2° du Code de commerce, de la compétence des tribunaux de commerce. L'Etat associé pourra donc être assigné devant les tribunaux de commerce.

N'est ce pas contraire à la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a décidé bien souvent que tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administratives.

A l'admettre, il faut alors distinguer les rapports entre la société et les particuliers, des rapports entre la société et l'Etat. Pour les premiers, on appliquera le droit commun, c'est-à-dire, que les tribunaux judiciaires seront compétents ; pour les seconds, ce seront les tribunaux administratifs. Nous verrons qu'avec cette dualité de juridiction compétente, on aboutit à une impossibilité de faire jouer les règles essentielles du droit des sociétés, telle que la responsabilité solidaire des administrateurs.

On a proposé de distinguer parmi les rapports qui existent entre la société et l'Etat, ceux qui dérivent ou non du contrat de société (1). Les premiers

1. Lapie, *Les entreprises d'économie mixte*, p. 166-167.

seraient de la compétence des tribunaux judiciaires; les tribunaux administratifs devraient connaître des seconds, qui ont trait au fonctionnement des services publics, comme par exemple l'interprétation d'un contrat de concession.

Cette distinction ne résout pas la difficulté. Ou bien l'Etat aura dans une société la situation d'un simple particulier et il faut alors le soumettre à toutes les règles du droit commun et dans tous les cas les tribunaux judiciaires seront compétents. Ou bien il rentre dans la société comme puissance publique, et dans tous les cas les tribunaux administratifs seront alors compétents.

Ce n'est pas seulement au point de vue de la compétence des tribunaux que la situation de l'Etat est particulière et s'adapte difficilement au droit commun, c'est encore et surtout au point de vue de la *responsabilité*.

La responsabilité de l'Etat est en effet une responsabilité spéciale qui n'obéit pas aux règles du droit commun, civil ou commercial. Elle n'est ni générale ni absolue.

Dans les sociétés, les associés, les fondateurs, administrateurs ou gérants encourent une responsabilité précise et déterminée. L'Etat va-t-il être soumis à cette responsabilité ?

De plus, nous le verrons, l'Etat se fait représenter au conseil d'administration par des personnes physiques. Il devrait normalement répondre de leurs

fautes comme tout commettant répond des fautes de ses préposés. Le Conseil d'Etat a toujours refusé d'étendre à l'Etat la responsabilité de l'article 1384 du Code civil, d'appliquer les règles du droit privé dans les rapports de l'Etat avec ses agents.

La responsabilité de l'Etat ne présente donc pas du tout les mêmes garanties, ni les mêmes caractères que la responsabilité des autres actionnaires et administrateurs. Si l'on applique à l'Etat les règles du droit privé, il n'y aura pas de difficultés. Si on le laisse soumis à sa responsabilité spéciale, comment va fonctionner une société dans laquelle un des associés aura une situation particulière, ne sera pas justiciable des mêmes tribunaux et dont la responsabilité sera vague et incertaine.

N'est-ce pas contraire au principe incontestable qui domine le droit des sociétés : le principe de l'égalité entre actionnaires d'après lequel le régime appliqué à chaque action tant au point de vue des droits que des obligations qu'elle représente doit être identique (1).

La société est un contrat de droit privé qui *repose sur l'égalité des personnes*. Dans les sociétés par actions, chaque actionnaire a les mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations, il a cependant des droits d'autant plus étendus qu'il possède plus d'actions de la société. Or l'Etat rompt l'égalité

1. Voir P. Cordonnier, *De l'égalité entre actionnaires*, thèse Paris, 1924.

entre les associés en s'attribuant plus de droits, non pas à raison du capital souscrit par lui, mais uniquement parce qu'il est Etat, c'est-à-dire puissance publique.

D'après l'article 1832 du Code civil, « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». La société poursuit un but lucratif, restreint à ceux qui en font partie ; c'est ce qui la distingue du contrat d'association, convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices (art. 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901).

Dans une société mixte, il y a deux catégories d'associés, les particuliers et l'Etat, qui, nous l'avons déjà montré, ne poursuivent pas le même but. Les simples particuliers recherchent avant tout à réaliser des bénéfices, ils poursuivent véritablement un but lucratif. L'Etat, au contraire, n'est entré dans la société que pour empêcher la réalisation de ce but et pour assurer la satisfaction de l'intérêt général. Or, cet intérêt général n'est pas un but lucratif ; il est de plus très souvent au moins différent s'il n'est opposé à l'intérêt des autres actionnaires. En quoi consistera l'intérêt général, si ce n'est à ce que les usagers de l'entreprise, le public qui consomme de l'électricité par exemple, paient cette électricité le

prix le moins élevé. Cette opposition d'intérêts n'existera pas si ceux qui sont associés avec l'Etat sont eux-mêmes consommateurs du produit de la société ; dans ce cas, le bénéfice consistera pour eux dans une diminution du prix d'achat du produit. Ce sera le cas par exemple des industriels usagers ou des collectivités actionnaires qui consommeront le produit. Dans tous les autres cas, les particuliers associés poursuivront un but différent de l'Etat avec lequel ils seront associés. Cette dualité d'intérêts n'est-elle pas contraire à la notion même de société, d'après laquelle tous les associés poursuivent un but commun ?

La société mixte n'est donc pas véritablement une société au sens juridique du mot. (On ne peut pas associer des intérêts contraires). Il n'est pas alors possible d'expliquer pourquoi la majorité fait la loi. Cela se comprend très bien dans les sociétés où tous les actionnaires poursuivent un but commun qui est la sauvegarde ou le développement des capitaux de la société. Les intérêts étant communs, il est logique de décider que dans le plus grand nombre de cas la majorité fasse la loi. Cela ne se comprend plus dans les sociétés où tous les actionnaires n'ont pas le même intérêt, il faudrait alors admettre que dans ces sociétés, aucune décision ne sera valablement prise qui n'ait été adoptée à l'unanimité.

Il en est ainsi de toutes les autres règles qui régissent les sociétés. Comment peut-on les appliquer à

des sociétés dans lesquelles les associés n'ont pas le même intérêt, alors qu'elles ont été faites pour les sociétés où tous les associés poursuivent un but commun.

Ce ne sont pas seulement les règles du droit privé qui rendent difficile la constitution de ces sociétés ; les règles du droit public soulèvent elles aussi quelques difficultés.

En effet, la Constitution de 1875 et les lois postérieures en ce qui concerne l'Etat n'ont pas prévu la capacité de l'Etat de faire le commerce. D'ailleurs dans les sociétés par actions, les actionnaires ne sont pas commerçants, ils ne prennent cette qualité que dans les sociétés de personnes. L'Etat en devenant actionnaire ne devient pas commerçant. Et puis même, il n'y aurait aucune impossibilité à ce qu'il devint commerçant, car le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont reconnu à l'Etat la capacité de faire des actes de commerce (1).

Mais, faire participer l'Etat à des sociétés commerciales, n'est-ce pas contraire au principe de « la spécialité des personnes morales » d'après lequel ces personnes ne peuvent rien faire en dehors de l'objet même pour lequel elles ont été créées.

L'Etat a pour mission de défendre les intérêts généraux d'une collectivité, de faire respecter la liberté

1. Tribunal des conflits, 22 juin 1889. S. 1891.3.78 ; Cassation, 8 juillet 1889. S. 1890.1.473, 18 nov. 1895. S. 1898.1.385, note Chavegrin.

des individus et d'assurer l'ordre public. Il n'a pas de mission économique, il n'a pas été fait pour être commerçant ou industriel, il ne doit pas pénétrer dans le domaine économique si ce n'est dans les cas formellement prévus par la loi.

C'est entendre de façon trop rigoureuse le principe de la spécialité des personnes morales que de l'appliquer à l'Etat souverain. L'Etat a pour mission de défendre les intérêts généraux ou collectifs. Toutes les fois que ces intérêts généraux sont en jeu l'Etat a le droit d'intervenir, même dans le domaine économique. Il faut reconnaître que cette solution peut conduire à des conséquences dangereuses, car sous le prétexte de l'intérêt général, il est très facile de faire entrer l'Etat dans toutes les entreprises et de restreindre par là de façon excessive la liberté des particuliers.

CHAPITRE II

LES ACTIONS DE L'ETAT

Les particuliers entrent dans une société soit en versant du numéraire, soit en apportant des biens en nature. Dans le premier cas, ils reçoivent des actions de numéraire, dans le second cas des actions d'apport, après que les biens par eux apportés ont fait l'objet d'une vérification par l'assemblée constitutive

Ils ne sont responsables du passif social que jusqu'à concurrence de leur apport. A la constitution de la société, ils doivent réaliser intégralement l'apport des biens en nature, et ils doivent verser sur les actions du numéraire au moins le quart, parfois même plus du quart si le montant des actions est inférieur à 100 francs, parfois même la totalité si les actions sont de 25 francs. Au cas d'appel de fonds au cours du fonctionnement de la société ils sont exposés s'ils ne répondent pas à cet appel, à être exclus de la société, à la suite d'une procédure particulière qu'on appelle l'exécution en bourse.

La forme des actions peut être nominative ou au porteur. Quelle que soit d'ailleurs la forme de

l'action, les actionnaires peuvent sortir de la société quand il leur plaît en cédant les actions dont ils sont les propriétaires.

En compensation du risque que court leur apport, ils ont droit aux bénéfices de la société (ce que l'on appelle en matière de société par actions, toucher des dividendes) ils peuvent participer à la gestion de la société, soit directement s'ils sont désignés comme administrateurs, soit indirectement en prenant part aux diverses assemblées constitutives, ordinaires ou extraordinaires qui délibèrent sur le sort de la société, qui votent les mesures essentielles et les plus importantes puisqu'elles peuvent aller même jusqu'à modifier les statuts de la société.

A la dissolution de la société, ils ont droit, le passif une fois réglé, à une part d'actif proportionnelle au montant de leur apport. S'il arrive enfin que la société ne puisse plus faire face à ses échéances et soit déclarée en faillite, ils ne sont pas eux-mêmes en faillite, ils ne subissent les conséquences de cette dernière que sur l'intégralité de leur apport.

Voilà quels sont les traits généraux de la situation d'un actionnaire dans une société anonyme, tels qu'ils résultent de la loi du 24 juillet 1867.

A défaut de textes spéciaux de loi particulière et par suite même du renvoi des lois sur les sociétés mixtes au droit commun, il faut faire application à

l'Etat des dispositions du droit commun. Est-ce possible ? c'est ce que nous allons rechercher dans ce chapitre.

Nous examinerons les difficultés relatives à l'application de la loi de 1867 à trois points de vue : 1° au point de vue de la nature des actions de l'Etat ; 2° au point de vue des droits qui résulteront de ces actions (réserve faite du droit de représentation aux assemblées qui, à raison de son importance, sera étudié dans un chapitre spécial) ; 3° enfin au point de vue des obligations auxquelles l'Etat sera soumis. Chacune de ces questions fera l'objet d'une section de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

Nature des actions attribuées à l'Etat

Nous laissons de côté le cas où l'Etat se trouve actionnaire parce qu'il a recueilli une succession en deshérence dans laquelle il a trouvé des actions (1). Nous nous occuperons seulement ici de l'Etat actionnaire qui a participé à la constitution de la société ou souscrit des actions au moment de la

1. Nous n'étudierons pas davantage dans cette thèse la situation de l'Etat obligataire. Le titre III du décret du 18 octobre 1923 (art. 12 à 15) régleme cette situation. L'Etat obligataire a le droit d'être représenté aux assemblées générales et au conseil d'administration par un commissaire du gouvernement assisté d'un ou plusieurs suppléants (art. 12) qui jouit de certains droits (voir l'art. 14 du décret).

constitution de la société ou au moment d'une augmentation de capital, seule hypothèse prévue par les lois que nous avons examinées dans l'introduction et qui donne lieu à de nombreuses difficultés.

I. — L'apport de l'Etat

Aux termes de l'article 1833 du Code civil, chaque associé doit apporter à la société de l'argent ou d'autres biens. En échange de l'argent par lui apporté, il reçoit des actions de numéraire, en échange des biens en nature il reçoit des actions d'apport. Aussitôt deux questions se posent relativement à l'apport de l'Etat. Comment l'Etat pourrait-il apporter de l'argent ? Quels biens pourrait-il apporter.

L'Etat n'a pas de l'argent à sa disposition, comme les particuliers, comme il le veut et quand il le veut. Il ne pourra souscrire des actions que si des crédits lui ont été accordés. L'Etat ne pourra donc être actionnaire sans qu'une loi l'ait prévu — les règles de la comptabilité publique s'y opposent. Si donc, il n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour être actionnaire, en réalité cette autorisation est indirectement nécessaire puisqu'il ne peut pas faire de dépenses qui n'aient été prévues dans le budget.

Dans le rapport qu'il a présenté à la Société d'Etudes législatives, M. Rolland a insisté sur ce

point que les personnes morales du droit public ne devaient pas acquérir librement la qualité d'actionnaire et qu'il leur faudrait toujours une autorisation pour participer à la constitution ou à l'augmentation de capital d'une société comme apporteurs ou souscripteurs. Cette autorisation, en même temps qu'elle permet à l'Etat d'avoir de l'argent, a également pour but d'éviter que les deniers publics ne soient engagés dans des sociétés dangereusement engagées, compromis.

Aussi la Société d'Etudes législatives a-t-elle rendu cette autorisation nécessaire dans sa proposition de loi (article 1^{er}) « L'Etat ne peut participer comme fondateur apporteur, ou souscripteur à la constitution, à la reconstitution ou à l'augmentation de capital d'une société commerciale régie par les lois françaises *qu'en vertu d'une autorisation spéciale donnée par décret* » (1).

L'Etat ne peut donc être actionnaire sans une autorisation, ou plutôt selon nous il ne peut être effectivement actionnaire sans que la loi des finances ait autorisé cette dépense. C'est ainsi par exemple que pour l'application de la loi de 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, la loi des finances du 30 avril 1921 prévoyait une somme de 10 millions. En 1923, cette somme a été élevée à 20 millions.

1. Sur la question de l'autorisation voir Lapie, *Les entreprises d'économie mixte*, p. 146-149.

Une autorisation ne sera d'ailleurs pas moins nécessaire à l'Etat lorsqu'au lieu de faire un apport en argent, l'Etat apportera à la société des biens en nature. Sur ce point, les difficultés sont nombreuses.

En droit commun lorsqu'un bien est apporté à la société, en toute propriété, ce bien cesse d'être la propriété de celui qui en a fait l'apport pour devenir la propriété de l'être moral société. Cette aliénation n'est pas rémunérée par un prix, comme en matière de vente ordinaire; l'apporteur reçoit des actions qui le lient à la société, au sort de laquelle il est désormais intéressé, puisque comme tous les autres actionnaires il touchera des dividendes. Si l'apport n'est fait qu'en jouissance, l'associé apporteur conserve la propriété de son bien, il le met seulement à la disposition de la société pendant un certain temps; dans ce cas, par application de l'article 1851 du Code civil, la chose apportée est aux risques de l'associé propriétaire.

Les règles du droit public vont empêcher l'application de ces principes à l'Etat. Il faut faire en effet, une distinction entre les biens du domaine public et les biens du domaine privé. Les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables. Or comme tout apport en pleine propriété suppose une aliénation, les biens du domaine public ne sauraient faire l'objet d'un apport de ce genre; ils doivent demeurer la propriété de l'Etat. C'est ainsi que l'Etat ne pourra faire un

apport en pleine propriété d'un bien du domaine public tel qu'une rivière navigable ou flottable.

Les biens faisant partie du domaine privé sont aliénables ; ils peuvent donc seuls faire l'objet d'un apport en pleine propriété.

L'Etat pourra cependant faire un apport en jouissance des biens du domaine public. Par un apport de ce genre, nous l'avons vu, l'Etat conservera la propriété du bien apporté — la société n'en aura que la disposition — à la dissolution de la société, il le reprendra avant tout partage.

L'apport des biens du domaine privé ou public par l'Etat rappelle singulièrement la concession. La concession administrative est l'abandon ou l'octroi soit d'un droit de propriété et d'un autre droit réel, soit d'un droit de jouissance ou d'occupation. Quand elle a pour objet un droit de propriété, elle se rapproche de la vente domaniale, mais au lieu d'être faite par adjudication, elle est faite de gré à gré. Lorsqu'elle a pour objet un droit de jouissance ou d'occupation, elle est essentiellement temporaire et révocable.

Les biens du domaine privé pouvant être aliénés, peuvent faire l'objet d'une concession en pleine propriété et cela de gré à gré, alors qu'en principe les biens domaniaux ne peuvent être aliénés que par vente publique aux enchères. Les biens du domaine public étant inaliénables peuvent faire l'objet d'une concession en pleine propriété, mais d'une conces-

sion de droits de jouissance ou d'occupation temporaire.

L'apport en jouissance de biens du domaine public équivaut à une véritable concession de jouissance, de même que l'apport en pleine propriété de biens du domaine privé équivaut à une concession de pleine propriété. S'il en est ainsi, il faut appliquer aux apports faits par l'Etat toutes les règles de la concession administrative. Les concessions de jouissance sur le domaine public sont temporaires et révocables. L'état pourra donc retirer la jouissance par lui concédée à la société quand il lui plaira — en d'autres termes, il pourra reprendre son apport avant la dissolution de la société, s'il voit que la société marche mal, et soustraire ainsi son apport au risque social.

De même, si les apports en pleine propriété de biens du domaine privé sont des concessions, ils auront lieu de gré à gré ; — si au contraire les apports ne sont pas régis par les règles des concessions, ce sont en réalité des ventes ; or les biens domaniaux ne peuvent être aliénés que par vente publique aux enchères.

Comme un simple particulier, l'Etat peut donc apporter à la société de l'argent, il reçoit alors des actions de numéraire. Il peut aussi faire un apport en jouissance des biens du domaine public et un apport en pleine propriété des biens du domaine privé.

2. — L'article 10-8° de la loi du 16 octobre 1919

Sur cette question des actions de l'Etat, la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique contient des dispositions assez curieuses qu'il convient maintenant d'examiner parce qu'elles soulèvent des problèmes juridiques intéressants.

L'article 7 de cette loi prévoit qu'une contribution de l'Etat peut être allouée sous forme d'avance ou de subvention aux concessionnaires d'entreprise dont l'objet principal est la fourniture de l'énergie à des services publics ou intéressant la défense nationale, ainsi qu'à ceux qui prennent à leur charge des travaux d'aménagement susceptibles d'améliorer de façon notable les conditions d'utilisation agricole du cours d'eau ou de régulariser son régime.

D'après l'article 10-8°, le cahier des charges de la concession détermine : « ... c) le montant *des actions d'apport* entièrement libérées qui pourront être attribuées à l'Etat en quantité variable notamment selon la classification du cours d'eau dont dépend la chute concédée, la puissance et la destination de l'usine ; d) lorsque l'Etat contribuera sous *forme d'avance* à l'aménagement de la chute dans les conditions prévues à l'article 7, le montant des *obligations* qui pourront lui être attribuées en proportion de sa contribution ; e) lorsque l'Etat contribuera sous forme de *subvention* à l'aménagement de la chute dans les conditions prévues à l'article 7, le montant des

actions de second rang (dites ordinaires) qui pourront lui être attribuées en proportion de sa contribution ; f) lorsque l'Etat *souscrira* une partie du *capital social* le montant des *actions de premier rang* (dites privilégiées) qui lui seront remises en représentation de sa participation... »

En échange de la concession qu'il fait à la société, l'Etat recevra une rémunération sous la forme d'attribution d'actions d'apport. Sur ce point pas de difficulté, la concession est équivalente à un apport, il est tout naturel que l'Etat reçoive des actions d'apport. « Ces actions, a dit le rapporteur de la loi à la Chambre des députés, donneront les mêmes droits que les actions souscrites à l'exception toutefois du droit au remboursement et à la transformation en actions de jouissance qui pourra être prévu par les statuts. Cette réserve s'explique par ce fait que l'apport n'est pas définitif. L'Etat n'aliène pas ses droits puisque en fin de concession, la chute lui reviendra en pleine propriété complètement équipée. »

Le montant des actions d'apport attribuées à l'Etat variera suivant l'importance de la chute et la nature du cours d'eau. Il sera plus important sur le domaine public ou l'Etat peut être comparé à un propriétaire que sur les cours d'eau privés soumis au droit d'usage des riverains.

En vertu de l'article 7, l'Etat peut aussi aider pécuniairement la société lorsqu'elle présente un

caractère d'intérêt général. L'aide pécuniaire de l'Etat est susceptible de modalités diverses et sa situation dans la société ne sera pas le même dans tous les cas.

Comme les particuliers, l'Etat peut souscrire une partie du capital social. Il sera alors véritablement associé et recevra des *actions de premier rang dites privilégiées*. Que sont ces actions de premier rang, sinon des actions comme en reçoit tout particulier qui souscrit une des actions dans une société, c'est-à-dire des actions qui donnent droit à celui qui en est le propriétaire de toucher des dividendes et une part de l'actif social à la dissolution de la société.

L'Etat peut aussi faire une subvention à la société, si l'entreprise que gère cette société intéresse l'intérêt général, soit qu'elle fournisse de l'énergie électrique à certains services publics ou intéressant la défense nationale, soit qu'elle fasse des travaux d'aménagement susceptibles d'améliorer l'utilisation agricole du cours d'eau ou de régulariser son régime. En échange de cette subvention, l'Etat reçoit des *actions de second rang dites ordinaires*.

Voilà un procédé de contribution financière à une entreprise sociale, qui n'est pas employé par les particuliers et qui par là n'a pas été prévu par la loi de 1867.

Une subvention consiste en une somme d'argent, en un prêt de fonds ou en immeubles mis à la disposition des patrimoines administratifs ou de cer-

taines œuvres ou sociétés d'intérêt général. L'Etat qui fait une subvention a en retour le droit de contrôler l'emploi de la subvention qu'il a faite. Généralement il ne reçoit pas d'équivalent, c'est de l'argent mis à fonds perdu. S'il reçoit un équivalent ou le remboursement de la somme il n'y a plus subvention, mais un prêt ou un apport fait à la société.

Or dans le cas prévu par la loi du 16 octobre 1919, l'Etat reçoit en retour des actions de second rang, quant aux bénéfices et au remboursement. Ces actions ne toucheront un dividende que lorsque les résultats effectifs dépasseront les prévisions ; elles ne seront rémunérées qu'après qu'un dividende aura été versé aux actions de premier rang. Si donc l'Etat reçoit une rémunération, ce n'est plus une subvention qu'il fait, c'est un apport soumis aux risques sociaux puisqu'il ne sera pas rémunéré si la société ne réalise pas de gros bénéfices.

Enfin, et c'est le troisième procédé par lequel l'Etat peut prêter un concours financier, il peut faire des avances à la société, il reçoit dans ce cas des obligations hypothécaires ou non, ou des parts bénéficiaires qui lui donnent droit à une partie de superbénéfices (art. 10-8° d).

En résumé, l'Etat peut entrer dans une société soit comme *apporteur en nature* il peut alors apporter en propriété des biens faisant partie du domaine privé ou concéder en jouissance des biens du domaine public, telles que les rivières navigables ou

flottables) soit comme *souscripteur d'actions de numéraire* comme un particulier soit *par subvention*. Aux actions d'apport ou de numéraire qui lui sont attribuées, doivent être attachés les mêmes droits et les mêmes obligations qu'aux actions attribuées aux simples particuliers. Il y a des difficultés, nous allons le voir, à accorder à l'Etat les droits des actionnaires ordinaires et à le soumettre aux mêmes obligations.

SECTION II

Les droits de l'Etat actionnaire

1. Droit aux bénéfices

L'actionnaire dont l'apport court le risque social a droit, nous l'avons déjà dit, à une part de bénéfices. Ces bénéfices sont d'autant plus importants que la société est plus prospère. Pour l'Etat il convient de distinguer ainsi que nous venons de le voir d'après la loi de 1919 (art. 10-8° e) entre les actions de premier rang, et les actions de second rang. Les premières seules donnent à l'Etat un droit aux bénéfices sans condition, les secondes qui ne représentent qu'une subvention ne donnent à l'Etat un droit aux bénéfices qu'une fois que tous les actionnaires auront touché un certain dividende; ce n'est, en d'autres termes, qu'aux superbénéfices que l'Etat a droit quand il est actionnaire de second rang.

2. Droit à l'actif social à la dissolution

A la dissolution de la société, l'actionnaire a droit à une part d'actif social, il reprend le bien qu'il avait apporté ou une valeur équivalente au bien apporté. Sa part est toujours proportionnelle à l'apport qu'il a fait. L'Etat reprendra donc les biens qu'il avait apportés en pleine propriété ou une somme d'argent équivalente.

3. Forme et aliénation des actions de l'Etat

Un actionnaire peut toujours céder sa part sociale quand il lui plaît. L'action, à la différence de la part d'intérêt qui est personnelle et intransmissible, est un titre circulant.

L'Etat peut-il comme un actionnaire ordinaire négocier les actions qui lui appartiennent ? Il faut avant de répondre à cette question, rechercher tout d'abord quelle sera la forme des actions de l'Etat, car la négociation est en effet plus ou moins facile suivant que l'action est nominative ou au porteur.

Dans une société anonyme, les actions peuvent être nominatives ou au porteur. Lorsqu'elles revêtent la première forme, elles sont inscrites au nom de leur propriétaire sur les registres de la société ; elles ne peuvent être cédées sans en avertir au préalable l'établissement débiteur qui fait sur ces registres ce que l'on appelle un transfert. Les actions au porteur peuvent être négociées très facilement sans aucune

formalité, par la simple circulation de main en main du titre qui les représente.

La forme nominative, si elle rend la circulation du titre moins facile, permet à la société — et c'est là un de ses avantages — de connaître toujours le propriétaire de l'action. C'est pourquoi M. Rolland avait proposé à la Société d'Etudes législatives d'adopter cette forme pour les actions de l'Etat : « Il est préférable, a-t-il dit dans son rapport, d'exiger la forme nominative. D'une part, les risques de l'Etat sont ainsi réduits puisque le vol ou la perte des actions nominatives sont moins à redouter ou ont moins d'inconvénients que lorsqu'il s'agit de titres au porteur. D'autre part et surtout la solution s'impose du moment qu'on limite la quote-part du capital social qui peut appartenir à l'Etat. » Grâce à la forme nominative des actions de l'Etat, il sera facile de connaître exactement le montant des actions qui lui appartiennent. L'Etat ne pourra ainsi avoir une part de capital supérieure à celle qu'on a voulu lui attribuer. C'est là un moyen efficace pour assurer le respect de la limitation du capital. De plus, il ne résultera aucun inconvénient pour l'Etat à ce que ces actions soient nominatives, puisque l'Etat est un actionnaire qui restera toujours associé et qui en fait ne négociera jamais ses actions.

La proposition de loi de la Société d'Etudes législatives ne contient cependant aucune disposition sur la forme des actions de l'Etat. Le décret du

18 octobre 1923 décide dans son article 11 que « les actions de l'Etat sont soumises au même régime que les autres actions du même type, notamment en ce qui concerne le caractère nominatif et les conditions de cession ».

Faut-il aller plus loin et imposer la forme nominative non seulement aux actions de l'Etat, mais encore aux actions possédées par les particuliers, comme on l'a demandé (1) au cours de la discussion de la proposition de loi de la société d'Etudes législatives « pour éviter que l'affaire qui met en jeu un intérêt général ne soit pas entièrement entre les mains des particuliers » ? Il y aurait là, a-t-on dit « une précaution qui ne gênerait guère les intérêts privés et qui permettrait à l'Etat de connaître et de surveiller la nationalité des personnes actionnaires ».

Cette mesure n'a pas paru nécessaire, elle risque fort d'être vaine. Car rien n'est plus facile pour les tiers que de faire souscrire des actions par des « hommes de paille », et de ne pas révéler par là leur qualité d'actionnaire.

La forme nominative ou au porteur des actions de l'Etat n'empêche pas la négociation de l'action ; elle ne la rend que plus ou moins difficile.

L'Etat pourra-t-il comme tout actionnaire disposer des actions qui lui appartiennent ? A première vue on ne comprendrait pas pourquoi il en serait autrement

1. Proposition de M. Lévy-Ullmann.

pour lui. Toutes les actions quel que soit leur propriétaire doivent pouvoir être cédées. C'est cette solution d'ailleurs que paraît avoir admise le décret du 18 octobre 1923 dont l'article 11 soumet les actions de l'Etat aux règles du droit commun. Une solution différente serait contraire à la notion même d'action. Le droit pour l'actionnaire de céder sa part à un tiers est de l'essence de l'action. Il est vrai que l'on peut limiter ce droit dans son application (1) soumettre par exemple la cession de l'action à l'agrément du conseil d'administration de la société, mais il n'en doit pas moins exister et la cession ne doit pas être exceptionnelle.

Il ne faut pas cependant trop se hâter d'affirmer que les actions de l'Etat peuvent être cédées. Les règles du droit administratif vont ici encore faire échec à l'application normale des règles du droit commun.

Il convient en effet de distinguer parmi les différentes actions de l'Etat, les actions d'apport (représentant une concession) des actions de capital numéraire, attribuées à l'Etat à la suite d'une souscription du capital social. Les actions de numéraire accordées à l'Etat à la suite d'une souscription en argent d'un certain nombre d'actions font certainement partie du domaine privé, et dès lors, comme tout bien du domaine privé, peuvent être librement aliénées.

1. Voir : Jean Escarra, *Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions* dans les *Annales de droit commercial* 1911, p. 333, 435.

Il ne saurait en être de même pour les actions d'apport qui représentent une concession sur le domaine public. On peut soutenir en effet que ces actions étant la rémunération de la jouissance d'un bien du domaine public, font-elles même partie du domaine public et sont à ce titre inaliénables.

Quant aux actions d'apport représentant une concession sur le domaine privé, comme les actions de numéraire, elles font partie du domaine privé et comme elles, peuvent être aliénées.

Toutes les actions de l'Etat n'obéissent pas aux mêmes règles ; les unes peuvent être soumises à l'application du droit commun car elles sont aliénables, d'autres par le jeu même des règles du droit administratif y échappent complètement.

Si l'on se place maintenant au point de vue de la conception économique de la société mixte, il faut conclure sans aucun doute, que l'Etat ne pourra pas même céder les actions faisant partie de son domaine privé. Il résulte en effet des différentes lois qui ont prévu la création de sociétés mixtes que l'Etat est un actionnaire qui doit toujours rester propriétaire de ses actions, qui à raison même du rôle qu'il doit jouer dans la société, ne peut être remplacé par personne autre. Il n'est pas un actionnaire au sens juridique du mot, c'est-à-dire une personne dont on ne recherche que les capitaux, *c'est un actionnaire dont on recherche la personnalité.*

C'est ainsi que dans une société anonyme, comme

dans une société par intérêt, la personnalité d'un actionnaire est prise en considération et par là, toutes les conséquences qui découlent de « l'intuitus personæ » doivent être appliquées à l'Etat, et plus particulièrement pour ce qui nous intéresse en ce moment, celle de l'intransmissibilité de la part sociale.

L'Etat est un *actionnaire nécessaire*, qui doit toujours demeurer associé jusqu'au terme même de la société. Contrairement à la règle que l'action est une part sociale essentiellement transmissible, les actions dont il est propriétaire sont inaliénables entre ses mains.

SECTION III

Les obligations de l'État actionnaire

1. Vérification des apports en nature

Pour éviter que les apporteurs en nature ne majorent leur apport et ne se fassent attribuer un nombre d'actions supérieur à la valeur de leur mise, la loi de 1867 (article 4) exige que les apports en nature soient vérifiés et approuvés par une assemblée constitutive.

L'Etat qui apporte une concession sur le domaine public ou privé, qui fait un apport en nature devrait se soumettre à cette exigence de la loi. Il faut reconnaître que la vérification ou l'évaluation à une juste valeur d'une concession sur le domaine public, d'une

concession d'énergie hydraulique sera très difficile à faire pratiquement. Il n'y a pas là cependant une raison suffisante pour soustraire l'Etat à cette obligation et pour lui permettre en conséquence d'imposer à la société son évaluation, alors que les autres apporteurs en nature ne pourront le faire.

Cette solution, si injuste qu'elle paraisse, a cependant été proposée à la Société d'Etudes législatives par le rapporteur de la proposition de loi sur l'Etat actionnaire : « Il est inutile, a dit en effet M. Rolland, de faire vérifier et approuver les apports. La rémunération de ceux-ci doit être réglée par la convention intervenue entre l'Etat et les fondateurs de la société. Il y a lieu seulement de porter cette convention à la connaissance de l'assemblée constitutive préalablement au vote où celle-ci arrête les statuts. » La Société d'Etudes législatives a consacré cette solution qui déroge gravement à la loi de 1867 (1).

C'est parce qu'il est puissance publique, parce qu'il est Etat, que l'Etat échappe au droit commun. On a même dit pour justifier cette solution que la vérification des apports faits par l'Etat « serait contraire à sa majesté ». La majesté de l'Etat n'a rien à voir ici. Du moment que l'Etat entre dans une société

1. Article 5 de sa proposition de loi : « Dans le cas où l'Etat fait des apports en nature, la rémunération de ces apports est réglée par la convention intervenue entre l'Etat et les fondateurs de la société. Elle doit être portée à la connaissance de l'assemblée constitutive préalablement au vote par lequel celle-ci arrête les statuts. »

anonyme, il doit se soumettre aux mêmes obligations que les simples particuliers. Ses apports doivent être soumis à la vérification et à l'approbation de l'assemblée constitutive.

2. Obligation de l'Etat actionnaire jusqu'à concurrence de son apport. Pourra-t-il être exécuté en bourse ?

A la différence des associés en nom qui sont tenus indéfiniment sur tous leurs biens du passif social, les actionnaires dans une société anonyme ne sont tenus que sur les biens dont ils ont fait l'apport à la société ; leur responsabilité est limitée à leur mise. Si donc la société tombe en faillite, ils ne perdent que leur mise, mais dans son intégralité. S'ils ont versé toute leur mise, au moment de la constitution de la société, comme l'exige l'article 3 nouveau de la loi de 1867 pour les actions d'apport, il n'y a pas de difficultés. Il en est autrement lorsque l'action n'a pas été entièrement libérée au moment de la constitution de la société, comme on le fait généralement pour les actions de numéraire dont on ne verse souvent que le quart ou la moitié à la constitution de la société.

Il peut arriver alors que la société, ayant besoin d'argent en cours de fonctionnement fasse des appels de fonds aux actionnaires, leur demande de verser ce qu'ils doivent pour libérer entièrement leurs actions. Si l'actionnaire ne répond pas à l'appel de

fonds, la société annule le certificat de cet actionnaire, et déclare l'actionnaire déchu de son droit ; elle crée un autre certificat qu'elle fait vendre en bourse par l'intermédiaire d'un agent de change.

L'Etat doit être soumis à toutes ces obligations. Comme les autres actionnaires, il doit libérer intégralement ses actions d'apport au moment de la constitution de la société, il doit verser à la suite au moins le quart du montant des actions de numéraire qu'il a souscrites, il doit enfin verser le complément de ses actions lorsque la société le demande. S'il ne répond pas à cet appel de fonds, va-t-on lui appliquer la procédure d'exécution en bourse ? Cela pourra se produire fréquemment car l'Etat n'a pas comme un particulier de l'argent à sa disposition au moment où il veut ; s'il n'a pas les crédits nécessaires, il lui sera impossible de répondre à cet appel de fonds (1).

Si l'on applique à l'Etat la procédure d'exécution en bourse, on arrivera par là même à l'exclure d'une société où sa présence a paru indispensable au législateur.

Une fois de plus, le cadre de la société anonyme ne peut s'adapter à la conception économique de la société mixte, telle qu'elle résulte des lois de 1919 et 1921 et des projets de 1923.

1. Voir : Dolbeau, *L'Etat actionnaire et administrateur de sociétés* *Gazettes des Sociétés*, 1923, p. 163.

3. Les modifications apportées aux statuts seront-elles opposables à l'Etat ?

La société en cours d'exploitation peut apporter des modifications aux statuts. Ces modifications lorsqu'elles sont votées régulièrement dans les conditions exigées par l'article 31 nouveau de la loi de 1867 (modifié par la loi du 22 novembre 1913), sont opposables à tous les actionnaires, même à ceux qui ne les ont pas votées ou qui se sont opposés à leur adoption. Tous les actionnaires doivent s'y soumettre. La situation spéciale que l'Etat entend se réserver dans la société ne va-t-elle pas rendre impossible toute modification qui n'obtiendrait pas son assentiment ?

Nous avons vu qu'en entrant dans la société, l'Etat voulait y occuper une place privilégiée, et qu'il se créait cette situation dans les statuts. Mais, cette situation est précaire et exposée à disparaître car les statuts ne sont pas intangibles. Il peut arriver que l'assemblée générale extraordinaire vote des modifications aux statuts, augmente par exemple le capital social ou améliore la situation des actionnaires ordinaires en leur donnant plus de voix à l'assemblée générale. Cette modification apportée aux statuts sera-t-elle opposable à l'Etat ? Du moment qu'elle a été régulièrement votée, elle doit lui être opposable comme à tous les autres actionnaires.

Le décret du 18 octobre 1923 ne contient aucune

disposition sur ce point. La question n'a pas été envisagée non plus par la Société d'Etudes législatives. Elle méritait cependant de retenir l'attention car elle a son importance. Il est vain d'attribuer à l'Etat une situation privilégiée dans les statuts, si une délibération de l'assemblée extraordinaire peut modifier cette situation. Ainsi, une société a été constituée, au capital de 5 millions, l'Etat possède 1 million d'actions. L'assemblée extraordinaire vote une augmentation de capital, le capital est élevé à 10 millions. Si l'Etat veut conserver dans la société la même influence que celle qu'il y avait auparavant, il va être obligé de souscrire des actions nouvelles jusqu'à concurrence de 1 million, il aura ainsi encore le cinquième des voix et désignera encore le cinquième des membres du conseil d'administration.

Si pour une raison ou pour une autre, il ne peut souscrire d'actions nouvelles, n'étant plus propriétaire que d'un dixième du capital, il aura beaucoup moins d'influence dans la société.

De même, si l'assemblée extraordinaire, sans toucher effectivement à la situation de l'Etat, améliore la situation des autres actionnaires, la situation de l'Etat deviendra par le fait même inférieure et l'équilibre que le législateur a voulu établir entre l'Etat et les particuliers se trouvera par là même rompu.

CHAPITRE III

LA REPRÉSENTATION DE L'ÉTAT DANS LES ASSEMBLÉES

Comme tout actionnaire, l'Etat doit avoir entrée dans les assemblées, et toutes les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 relatives à l'admission et au nombre de voix des actionnaires dans les assemblées doivent lui être appliquées.

Sur ce point, de nombreuses difficultés se présentent qui dérivent de ces deux idées que l'Etat est *une personne morale* qui devra se faire représenter à l'assemblée par des personnes physiques, et qu'il est *une personne morale de droit public*. Ayant à sa disposition des moyens de coercition et ayant les attributs de la puissance publique, il est à craindre qu'il ne joue dans la société un rôle prépondérant et ne s'attribue la majorité des voix.

Nous examinerons ces difficultés dans les deux sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

**Par quelles personnes et dans quelles assemblées
l'Etat sera-t-il représenté ?**

1° N'ayant pas une existence physique, l'Etat ne peut assister et voter lui-même aux assemblées d'actionnaires; il est obligé de désigner des personnes physiques qui le représenteront et voteront pour lui. La question s'est posée pour les sociétés de sociétés; lorsqu'une société est actionnaire d'une autre société, elle se fait représenter aux assemblées de cette dernière par un membre de son conseil d'administration.

L'Etat aurait pu désigner pour le représenter un actionnaire de la société; cette solution n'a pas paru compatible avec le rôle important et indépendant de celui des autres actionnaires que le législateur a entendu lui faire jouer. Celui-ci en effet ne poursuit pas le même but que les autres actionnaires, aussi a-t-on jugé plus prudent de ne pas confier les voix de l'Etat à un actionnaire qui aurait pu les utiliser dans un sens tout à fait contraire à leur destination normale.

L'Etat se fera représenter aux assemblées par une personne en dehors de la société. C'est ainsi que d'après l'article 4 du décret du 18 octobre 1923 l'Etat sera représenté aux assemblées par un délégué

choisi parmi des fonctionnaires réunissant certaines conditions (1), nommé par arrêté signé du ministre des finances et du ministre des travaux publics.

La Société d'Etudes législatives a adopté la même solution (2).

2° Dans quelles assemblées l'Etat sera-t-il représenté ?

En vertu des articles 30 et 31 de la loi du 24 juillet 1867, tout actionnaire, même celui qui ne possède qu'une seule action, a le droit de participer aux assemblées constitutives et aux assemblées extraordinaires. Par application de l'article 27 de la même loi, l'entrée dans les assemblées générales ordinaires est subordonnée à la possession d'un certain nombre d'actions, déterminé par les statuts.

Si l'on fait application à l'Etat de ces dispositions du droit commun, l'Etat n'aura nécessairement entrée que dans les assemblées constitutives et dans les assemblées extraordinaires à l'effet de modi-

1. Article 2 du décret: « L'Etat ne peut désigner pour le représenter que: a) des fonctionnaires en activité, en congé, en disponibilité ou en retraite appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes, à l'inspection des finances, aux corps des mines ou des ponts et chaussées; b) des directeurs ou directeurs honoraires des administrations centrales des ministères, exerçant cette fonction depuis cinq ans au moins ou l'ayant exercée pendant cette durée; c) des sous-directeurs ou sous-directeurs honoraires de l'administration centrale du ministère des finances comptant la même durée de fonctions; d) des fonctionnaires de l'administration des domaines ayant rang de directeur et comptant la même durée de fonctions. »

2. Article 4 de sa proposition de loi.

fier les statuts. Il n'aura accès aux assemblées générales ordinaires que s'il est propriétaire du nombre d'actions exigé par les statuts.

Dès lors, s'il ne possède pas ce nombre suffisant d'actions, il sera exclu des assemblées générales qui ont pour objet d'examiner les comptes des administrateurs, de fixer les dividendes à distribuer, de réélire ou de remplacer les administrateurs, il sera exclu de l'organe délibérant par excellence de la société, qui en contrôle le fonctionnement.

Or, on n'a pas voulu que l'Etat soit dominé par les particuliers, on a voulu au contraire que l'Etat ait une participation effective et importante au fonctionnement de la société et au contrôle de ce fonctionnement ; pour cela, il fallait déroger à son profit aux dispositions de la loi de 1867.

L'application du droit commun à l'Etat étant une solution peu satisfaisante, peu conciliable avec la place importante que les législateurs — les auteurs des lois sur la société mixte — ont voulu lui accorder, la loi de 1867 met tous les actionnaires sur un pied d'égalité, et par application de cette loi l'Etat n'aurait pas plus de droits que les autres actionnaires.

« Appliquer ces règles, a dit M. Rolland, aux personnes morales de droit public paraît difficile au moins quand elles entrent dans la société comme fondateurs ou souscripteurs lors de la constitution du groupement ou de l'augmentation de son capital.

Des dispositions deviennent indispensables touchant la manière dont est organisée leur représentation et le nombre de voix mis à leur disposition. *Il paraît normal qu'elles aient nécessairement entrée dans toutes les assemblées générales...* Il faut que l'Etat puisse dire son mot sur la gestion des affaires sociales » (1).

Une fois de plus, le décret du 18 octobre 1823 a apporté une dérogation à la loi de 1867, en décidant que l'Etat aurait le droit d'être représenté dans toutes les assemblées, qu'elles soient générales constitutives ou extraordinaires (2).

La Société d'Études législatives a reproduit fidèlement sur ce point comme sur beaucoup d'autres la solution du décret du 18 octobre 1923. « L'Etat, quel que soit le nombre d'actions qu'il possède — dispose l'article 4 de la proposition de loi — a toujours le droit de se faire représenter dans toutes les assemblées générales constitutives, ordinaires ou extraordinaires ». L'Etat aura donc accès à toutes les assemblées. Même s'il ne possède pas le nombre d'actions exigé par les statuts, il aura entrée aux assemblées générales, alors que les autres actionnaires qui ne posséderont pas le nombre d'actions nécessaire seront exclus de ces mêmes assemblées. Sommes-nous véritablement en présence d'une société anonyme où règne l'égalité entre actionnaires ? Il est permis d'en douter !

1. Rapport présenté à la Société d'Études législatives.

2. Article 4.

SECTION II

Le nombre de voix de l'Etat dans les assemblées

I.— Dispositions du droit commun

Dans les assemblées constitutives et dans les assemblées extraordinaires, tout actionnaire a au moins une voix. Quel que soit le nombre d'actions qu'il lui appartienne, un actionnaire ne peut avoir plus de dix voix dans les premières (article 27 § 2 loi de 1867). Dans les assemblées extraordinaires, chaque actionnaire a autant de voix que d'actions. C'est le principe de la proportionnalité absolue du nombre de voix au nombre d'actions, posé par l'article 31 § 2 de la loi du 24 juillet 1867. Aucune convention contraire ne peut y déroger. Dans les assemblées générales ordinaires, l'actionnaire qui possède le nombre d'actions exigé par les statuts a une voix. « En principe, chaque actionnaire a un nombre de voix proportionnel à ses actions (article 28 loi de 1867), mais souvent les statuts fixent le maximum des voix qui peuvent appartenir à un seul et même actionnaire, pour empêcher que les gros actionnaires n'annihilent complètement le vote des petits. Toutes ces règles se comprennent et se justifient dans la société anonyme. Dans cette société en effet, ce qui est pris en considération ce n'est pas tant la personnalité de l'associé que le capital par lui apporté. Il est

dès lors normal que l'on accorde plus de voix et par là plus d'influence dans les délibérations de la société, aux personnes qui y possèdent le plus d'actions, qui ont les plus gros intérêts en jeu. D'autre part avec ce système poussé jusqu'à ses conséquences les plus absolues, on risquait de compromettre les intérêts des petits actionnaires ou des moyens actionnaires, en les mettant à la merci des gros actionnaires qui auraient en fait emporté à eux seuls la délibération des assemblées. C'est pourquoi la loi de 1867 a limité à dix le nombre de voix d'un actionnaire dans les assemblées constitutives et c'est pourquoi les statuts des sociétés limitent également le nombre des voix des actionnaires dans les assemblées générales ordinaires.

Le nombre de voix d'un actionnaire dépend en principe de la part de capital dont il est propriétaire (il en est ainsi dans les assemblées extraordinaires) réserve faite des limitations apportées par les statuts dans les assemblées générales ou par la loi de 1867 dans les assemblées constitutives.

2. — Part de capital de l'Etat dans la société

S'il y a des inconvénients à ce que dans une société anonyme un actionnaire détienne à lui seul la majorité des actions, ces inconvénients seront plus nombreux et plus importants encore lorsque ce sera l'État qui détiendra une grande partie des actions, car

il est à redouter qu'il ne dirige à lui seul, ou presque, la société, et que cette société mixte ne soit en réalité, malgré les apparences, une véritable entreprise d'État.

Ainsi que l'a très exactement fait remarquer M. Rolland dans son rapport à la société d'Études législatives les capitaux privés doivent avoir toujours la prépondérance. La société mixte doit être une société commerciale, il ne faut pas qu'elle devienne une entreprise d'État, sous des dehors commerciaux. Or il en adviendrait ainsi si le nombre d'actions accordées à l'État ou aux autres personnes morales de droit public était très supérieur à celui des actions possédées par les particuliers (1). Le représentant de l'État aux assemblées, toujours présent et disposant d'un grand nombre de voix, emporterait par son vote les décisions des assemblées. La présence d'associés particuliers n'aurait plus alors aucune raison d'être, puisqu'elle ne produirait plus aucun effet.

Mais si l'État ne doit pas détenir une trop grande partie du capital, il ne faut pas à l'inverse que les particuliers, possèdent la majorité des actions et l'emportent en fait sur l'État. La présence de ce dernier dans la société n'aurait plus alors aucune utilité.

C'est là précisément le point délicat de la société

1. D'après l'article 4 du projet de loi sur la fabrication de l'ammoniaque synthétique ; 300.000 actions sur 500.000 devaient appartenir à l'État.

mixte. Il est peut-être facile de concevoir un équilibre entre l'Etat et les particuliers, il est très difficile pour ne pas dire impossible de réaliser cet équilibre et de le maintenir entre deux catégories d'actionnaires qui n'ont pas les mêmes intérêts immédiats, qui ne poursuivent pas le même but. Il arrivera fatalement que les uns finiront par l'emporter sur les autres, que l'Etat arrivera à prendre la prééminence sur les particuliers ou inversement.

Il convient donc de limiter la part de capital qui peut appartenir à l'Etat, comme l'a fait une loi du 15 décembre 1922 qui a fixé au cinquième la part des établissements publics dans le capital des sociétés d'habitation à bon marché.

A la suite d'une proposition de M. Rolland, la Société d'Etudes législatives a consacré une solution prudente dans l'article 12 de sa proposition de loi : « En aucun cas, dispose cet article, l'Etat, les départements, les communes, etc... ne peuvent détenir ensemble dans une société commerciale un nombre d'actions dont le montant nominal représente plus de 45 0/0 du capital social. La portion du capital social appartenant soit à l'Etat, soit à une même personne morale ne doit pas dépasser 30/0. »

Ainsi une limitation du capital pouvant appartenir à l'Etat s'impose, mais c'est une mesure qui, selon nous, ne sera pas efficace si l'on n'applique pas à l'Etat les dispositions du droit commun en ce qui concerne le nombre de voix.

3.—Nombre de voix de l'Etat par application du droit commun

Si on le soumet aux règles de la loi de 1867, voici les solutions auxquelles on arrive. Dans les *assemblées constitutives*, qui ont pour objet la vérification et l'approbation des apports en nature, la nomination des premiers administrateurs et commissaires de surveillance dans la société anonyme, la vérification de la sincérité des souscriptions et versements, l'Etat, comme tout actionnaire, ne *pourra avoir plus de dix voix* en vertu de l'article 27 § 2 de la loi de 1867.

Dans les assemblées extraordinaires à l'effet de modifier les statuts, la loi n'a pas limité le nombre de voix des actionnaires. Chaque actionnaire a au moins une voix et autant de voix que d'actions sans limitation. Toute clause contraire, ayant pour objet la limitation du nombre de voix, est nulle. L'Etat devra donc avoir autant de voix que d'actions ; solution fâcheuse (en l'espèce) s'il est propriétaire de la majeure partie des actions, car alors à lui seul il aura la majorité des voix. Il pourra même réunir le quorum, c'est-à-dire le nombre d'actions nécessaire pour que l'assemblée puisse valablement délibérer, qui est des trois quarts du capital social à la première assemblée et qui à la seconde et troisième réunion n'est plus que de la moitié et du tiers du capital social.

D'autre part il pourra très bien réunir à lui

tout seul le nombre de voix suffisant pour qu'une mesure puisse être adoptée. Il est dans les assemblées des deux tiers des voix des actionnaires présents ou représentés. Or il le réunira à lui seul s'il possède une grande partie du capital, et d'autant plus facilement que le représentant de l'Etat sera toujours présent aux assemblées, ayant entre les mains un nombre considérable de voix.

Si donc l'Etat possède une trop grande partie du capital social, il pourra à lui seul faire voter des modifications aux statuts. L'utilité de la limitation de la part du capital social qui peut appartenir à l'Etat apparaît ici évidente. Elle est le contrepoids, le préventif nécessaire à l'application de la règle de la proportionnalité absolue du nombre de voix au nombre d'actions, dans les assemblées extraordinaires. Puisqu'on ne peut limiter le nombre de voix, le mieux est de limiter le nombre d'actions.

La situation dans les *assemblées générales ordinaires* dépendra des clauses des statuts (art. 27§1 de la loi de 1867). Les statuts déterminent le nombre des voix qui pourront appartenir aux actionnaires, eu égard au nombre d'actions dont ils sont porteurs. Si pour éviter la prépondérance des gros actionnaires, les statuts ont fixé le maximum de voix que peut avoir un seul actionnaire, l'Etat sera soumis à cette limitation ; il n'aura peut-être pas ainsi à l'assemblée générale, organe délibérant par excellence de la société, l'influence qu'on voulait lui donner.

Ainsi donc par l'application (à l'Etat) des dispositions du droit commun de la loi du 24 juillet 1867, l'Etat gros propriétaire d'actions ou bien devient le maître de la société, et pourra à lui seul prendre des décisions, *ou bien peut empêcher que des décisions* soient prises qu'il n'ait lui-même acceptées, puisque s'il a plus d'un tiers des voix, la majorité ne pourra jamais être atteinte.

Le nombre de ses voix sera limité à dix, dans les assemblées constitutives où il sera alors écrasé par les autres actionnaires.

4.— Dispositions du décret du 18 octobre 1923 (art. 4 *in fine*) et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives (art. 4, § 2).

A) Le décret du 18 octobre 1923 n'a pas cependant apporté, semble-t-il, de dérogation aux dispositions de la loi de 1867. Aux termes de l'article 4 *in fine* : « le nombre de voix dont l'Etat dispose dans chacune de ces assemblées est fixé d'après le nombre des actions qu'il possède et conformément aux lois sur les sociétés et aux dispositions statutaires. » L'Etat aura donc un nombre de voix proportionnel au nombre d'actions qu'il possède, mais les limitations légales ou statutaires lui seront applicables.

Or, nous l'avons déjà indiqué, comme la part de capital de l'Etat est généralement assez élevée, et comme d'autre part, il sera toujours représenté aux assemblées par son mandataire alors que beaucoup

d'autres actionnaires ne seront peut-être pas représentés, il est à craindre que l'Etat ne fasse adopter à lui tout seul certaines mesures et ne soit en réalité le maître de la société.

Les particuliers hésiteront à souscrire des actions s'ils savent que l'Etat à la majorité des voix.

Sans doute il est normal — cela résulte de l'esprit même de la loi de 1867 — que l'influence d'une personne dans une société anonyme soit en rapport avec les capitaux que cette personne a placés dans la société ; le rôle de l'Etat dans la société doit être d'autant plus important qu'il aura plus d'intérêt dans la société. Mais l'Etat n'est pas un actionnaire comme les autres ; il représente dans la société un intérêt différent de celui des autres actionnaires, il faut éviter qu'il ne soit en fait le maître de la société, et pour cela, avons nous dit, il convient de fixer le maximum d'actions qu'il peut détenir.

Ce n'est pas tout ; il faut encore éviter que l'Etat ne puisse à lui seul réunir le quorum nécessaire et avoir un nombre de voix suffisant soit pour empêcher qu'une mesure soit votée, soit au contraire pour voter à lui seul malgré l'opposition de tous les autres actionnaires, par suite de l'absence de représentation d'un certain nombre d'actionnaires.

C'est pour éviter un inconvénient analogue que la loi du 26 avril 1917 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière a décidé (1) que « le nombre des

1. Article 76, paragraphe 3 de la loi de 1867.

voix dont disposent les mandataires (représentant la coopérative de main-d'œuvre) à chaque assemblée générale est au nombre de voix attribuées au capital qui y est représenté dans la même proportion que le nombre des actions de travail est à celui des actions de capital. »

Cette disposition est destinée à empêcher que par suite de la non-représentation de certaines actions à l'assemblée générale, la coopérative de main-d'œuvre n'ait un nombre de voix trop considérable.

B) La Société d'Etudes législatives a appliqué à l'Etat actionnaire une disposition semblable. D'après l'article 4, § 3 de sa proposition de loi « le nombre de voix dont ce représentant (le représentant de l'Etat) dispose à chaque assemblée est au nombre de voix dont dispose le capital privé représenté à cette assemblée dans la même proportion que le montant nominal des actions attribuées à l'Etat est à la partie du capital social appartenant à des particuliers. »

C'est ainsi que si sur 30.000 actions l'Etat en possède 5.000, ayant le sixième du capital il aura le sixième des voix, que tout le capital soit représenté ou non à l'assemblée générale.

Supposons que 19.000 actions soient représentées en plus des siennes — ce qui fait 24.000 actions représentées — il n'aura plus 5.000 voix mais seulement le sixième de 24.000 soit 4.000 voix.

Que si tout le capital social est représenté, il aura

toujours le sixième des voix. Mais alors le sixième correspondra exactement au nombre de voix qu'il a en réalité. Comme l'a fait remarquer M. Colson à la Société d'Etudes législatives « son influence reste proportionnelle à sa part de capital sans que le fait que toutes les actions ne soient représentées lui donne une prépondérance excessive. » L'Etat n'aura donc pas toujours dans les assemblées le même nombre de voix. Ce nombre dépendra du capital représenté à l'assemblée. L'importance du rôle de l'Etat dans l'assemblée générale sera déterminé par la proportion existante entre le capital privé et le capital qui appartient à l'Etat.

Cette disposition est heureuse car elle évite les deux inconvénients que nous avons déjà signalés — à savoir que l'Etat votant toujours avec le même nombre de voix, pourrait constituer à lui seul la majorité de l'assemblée générale, si un certain nombre d'actionnaires n'étaient pas présents ou représentés — et que si au contraire on limite le nombre de voix de l'Etat, l'Etat se trouverait insuffisamment représenté.

Cette disposition doit-elle être étendue, à d'autres assemblées qu'aux assemblées générales ? L'article 4 de la proposition de loi, ne fait aucune distinction — c'est un texte général par les termes mêmes qu'il emploie — il dit à « chaque assemblée. » Si on l'applique aux assemblées constitutives et aux assemblées extraordinaires, on aboutit alors à une

solution contraire à celle de la loi de 1867. Dans les assemblées constitutives, nous l'avons dit, aucun actionnaire ne peut avoir plus de 10 voix ; par l'effet de cette règle, l'Etat actionnaire pourra avoir plus de 10 voix.

De même, cette règle est en opposition avec l'article 31 de la loi de 1867 aux termes duquel dans les assemblées extraordinaires « tout actionnaire, quel que soit le nombre d'actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède ». En effet, à supposer que toutes les actions ne soient pas représentées, l'Etat n'aura pas un nombre de voix égal aux actions qu'il possède. Ainsi sur 9.000 actions l'Etat en possède 3.000 ; par application de l'article 31 de la loi de 1867, l'Etat devrait avoir 3.000 voix. Si 8.000 actions seulement sont représentées à l'assemblée extraordinaire, l'Etat n'aura plus 3.000 voix, mais seulement le tiers des voix présentes ou représentées, soit le tiers de 8.000 : 2.666 voix.

Appliquée dans les assemblées constitutives et dans les assemblées extraordinaires, cette disposition va à l'encontre des principes de la loi de 1867, puisqu'elle peut donner à l'Etat plus de voix qu'aux autres actionnaires dans les assemblées constitutives et moins de voix qu'aux autres dans les assemblées extraordinaires.

Le problème de la représentation de l'Etat aux assemblées et du nombre de voix qu'il faut lui attri-

buer est un des plus délicats à résoudre, car il met en jeu tout l'équilibre du système de l'entreprise mixte. En effet, tandis que dans une société ordinaire, il n'y a pas beaucoup d'intérêt à limiter la part du capital social et par là le nombre de voix qui peut appartenir à un seul actionnaire, il y a au contraire un intérêt primordial à le faire dans la société mixte, pour empêcher l'Etat de prendre une place prépondérante dans la société.

Il ne suffit pas de limiter la part de capital qui peut appartenir à l'Etat, il faut encore que, cette part fixée, en invoquant les dispositions du droit commun sur les assemblées, l'Etat ne puisse avoir à lui seul la majorité dans certaines assemblées par suite de la non représentation de toutes les actions.

La solution proposée par la Société d'Etudes législatives permet d'éviter cet inconvénient. Mais si on l'étend aux assemblées constitutives et extraordinaires, on va à l'encontre des dispositions de la loi de 1867.

Par tous ces points, l'Etat est un actionnaire singulièrement différent des autres actionnaires.

DEUXIÈME PARTIE

L'ETAT ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉS

La collaboration de l'Etat et des personnes privées n'est pas seulement une collaboration financière, elle est encore et surtout une collaboration dans la gestion des entreprises. Ce n'est pas — nous l'avons déjà indiqué — pour réaliser des bénéfices que l'Etat entre dans une société ; il a d'autres moyens et des moyens plus sûrs que celui-là pour se procurer des ressources. Il ne s'associe avec les particuliers que pour diriger la société, dans le sens de la satisfaction de l'intérêt général (1). Pour atteindre ce but, il était nécessaire qu'il prit une part effective à l'administration de la société.

Aussi, toutes les lois qui ont prévu l'entrée de l'Etat comme actionnaire dans certaines sociétés, ont décidé que l'Etat aurait toujours des représentants au Conseil d'administration (2). C'est alors que se

1. Lapie, *les Entreprises d'Economie mixte*, p. 151.

2. La loi du 27 mai 1921 relative à l'aménagement du Rhône (art. 3) décide même que l'Etat, bien que n'étant pas actionnaire, sera représenté au Conseil d'administration.

pose la question de savoir quelle sera la situation juridique de l'Etat administrateur ?

Il n'y a rien ou presque rien dans les lois sur l'Etat actionnaire et surtout pas de solution générale. C'est à peine si l'on trouve dans la loi du 11 août 1920 relative à l'établissement d'un réseau de transport d'énergie électrique dans les régions libérées, une disposition (article 2) aux termes de laquelle « par dérogation aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867 et des lois subséquentes qui l'ont modifiée, les administrateurs (représentant l'Etat) ne sont pas tenus d'être propriétaires d'actions et seront désignés par le ministre des Travaux publics ». Mais cette disposition est spéciale, elle ne vise que les représentants de l'Etat au Conseil d'administration de la société de transport d'énergie électrique, et, comme elle déroge au droit commun, elle ne doit pas être étendue à d'autres sociétés pour lesquelles elle n'a pas été écrite.

En l'absence d'une disposition générale sur ce point, il faut donc appliquer à l'Etat administrateur, les règles édictées par la loi du 24 juillet 1867 ; il n'y a, semble-t-il, aucune raison pour le soustraire à l'application du droit commun.

Mais peut-on appliquer à l'Etat les dispositions du droit commun ? Sur ce point, des difficultés nombreuses se présentent, qui tiennent toutes à ce que l'Etat est une personne morale de droit public soumise à des règles particulières, spécialement en ce

qui concerne sa responsabilité. Il y a un conflit qui s'élève entre ces règles particulières du droit public, et les dispositions de la loi de 1867 qui régissent la situation des administrateurs. Peut-on les concilier ? Ne sont-elles pas plutôt irréductibles, et dès lors ne faut-il pas sacrifier l'application des unes à l'application des autres ? C'est ce qu'a fait, nous le verrons, le règlement d'administration publique du 18 octobre 1923, rendu pour l'application de la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique. Ce décret a réglementé avec assez de détails la situation de l'Etat administrateur dans les sociétés mixtes constituées pour l'utilisation de l'énergie hydraulique (1). Nous aurons souvent l'occasion, au cours de cette seconde partie, d'examiner les solutions qu'il a données. Nous verrons qu'elles dérogent toutes ou presque toutes au droit commun de la loi de 1867.

La Société d'Etudes législatives s'est bien rendu compte des difficultés qu'il y avait à appliquer à l'Etat administrateur les règles de la loi de 1867. Elle a d'ailleurs reproduit dans sa proposition de loi, la plupart des dispositions du décret du 18 octobre 1923 ; et elle a soumis l'Etat administrateur à des règles tout à fait particulières, exorbitantes du droit commun commercial, qui sont en réalité des règles de droit public.

1. Titre II. Section B, articles 5-11.

En droit commun, l'administrateur d'une société anonyme est un mandataire à temps, révocable, salarié ou gratuit choisi parmi les associés par l'assemblée générale. Il est responsable pénalement et civilement envers la société ou envers les tiers des fautes qu'il peut commettre dans sa gestion.

Il est difficile de concilier ces règles avec les principes du droit administratif sur la situation des fonctionnaires et la responsabilité de l'Etat. C'est ce que nous allons montrer dans cette seconde partie, en comparant la situation juridique des administrateurs de sociétés, au point de vue des conditions de nomination et de révocation, au point de vue de la responsabilité, avec celle de l'Etat administrateur.

CHAPITRE PREMIER

CONDITIONS DE NOMINATION NOMINATION ET RÉVOCATION DE L'ÉTAT ADMINISTRATEUR

SECTION I

Conditions exigées pour être administrateur

1. — Etre actionnaire

Aux termes de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, pour être administrateur d'une société anonyme, il faut être associé, c'est-à-dire actionnaire. Un actionnaire — et c'est la raison de cette exigence de la loi — a tout intérêt à ce que la société prospère ; il administrera donc la société de son mieux. Cette condition ne peut à peine de nullité, être écartée par les statuts (article 41 de la loi de 1867) (1).

L'Etat ne pourra donc être administrateur que dans la société dont il sera actionnaire. Cependant la loi du 27 mai 1921 sur l'aménagement du Rhône dit que l'Etat sera représenté au conseil d'adminis-

1. Wahl, *Journal des sociétés*, 1913, p. 337.

tration ; or dans cette société, l'Etat n'est pas actionnaire, mais seulement obligataire (1).

La présence de l'Etat dans le conseil d'administration d'une société dont il n'est pas actionnaire ne peut pas se justifier au point de vue juridique. Il faut pour la comprendre, recourir à l'idée de puissance publique de l'Etat, à moins que l'on aille jusqu'à admettre qu'un capital fictif équivaut à des actions véritablement souscrites et donne droit à l'actionnaire de siéger au conseil d'administration !

Réserve faite de cette disposition exceptionnelle, l'Etat n'est administrateur que dans les sociétés dont il est actionnaire. L'article 22 de la loi de 1867 est respecté, si l'on considère l'Etat comme étant administrateur en son nom personnel ; il est lui-même actionnaire et administrateur. Mais on sait que l'Etat, personne morale, est obligé de se faire représenter au conseil d'administration par des êtres physiques. Ces représentants sont-ils eux-mêmes, administrateurs ? Ils doivent être propriétaires d'actions. Ne sont-ils que les mandataires de l'Etat administrateur ? Il n'est pas besoin pour eux d'être associés. Sans vouloir prendre parti pour le moment sur la question de savoir si les représentants de l'Etat sont les mandataires de l'Etat admi-

1. Voir également l'article 7 du projet du 29 mars 1923 autorisant une concession hydraulique sur le cours de la Dordogne. L'Etat n'est pas actionnaire, il a cependant des sièges au conseil d'administration.

nistrateur ou s'ils ne sont pas plutôt eux-mêmes administrateurs, nous estimons que celui qui administre en fait doit être actionnaire, car c'est une garantie de bonne administration de la société. Il ne suffit pas d'affirmer que l'Etat est administrateur et qu'il n'a pas été dérogé à la loi de 1867 puisqu'il est actionnaire, il faut que celui qui administre effectivement, ait un intérêt personnel à le bien faire. Or, à supposer même, ce qui n'est pas certain, que l'Etat ait lui-même la qualité juridique d'administrateur, il n'en est pas moins vrai que c'est son représentant qui administre en fait la société avec toute liberté d'action et de vote. Ce représentant doit être actionnaire ; l'article 22 de la loi de 1867 trouve ici sa raison d'application.

Il ne faut pas raisonner par analogie avec les sociétés de sociétés. Dans ces dernières, le représentant d'une société actionnaire au conseil d'administration peut ne pas posséder d'actions de la société au conseil d'administration de laquelle il siège ; il en a tout au moins dans la société qu'il représente, et qui est associée. Il a donc à ce titre un intérêt, indirect sans doute, à bien administrer la société principale, dont fait partie la société à laquelle il appartient comme membre du conseil d'administration. Mais il n'en est pas de même dans les sociétés mixtes, où le représentant de l'Etat n'a aucun intérêt, pas même indirect, à la bonne marche des affaires.

Aussi, est-ce une grave dérogation qui a été apportée à la loi de 1867 par la loi du 11 août 1920. L'article 3 de cette loi dispose que « par dérogation aux dispositions de la loi de 1867 et des lois subséquentes qui l'ont modifiée, les administrateurs représentants de l'Etat ne sont pas tenus d'être propriétaires d'actions. Le décret du 18 octobre 1923 (article 8) décide également que les représentants de l'Etat ne sont pas tenus d'être personnellement propriétaires d'actions. La Société d'Etudes législatives a repris cette solution (1). Pour la justifier, M. Roland a fait remarquer que c'est l'Etat qui est administrateur et que son porte-parole n'a pas besoin d'être propriétaire d'actions.

C'est là, la suppression « d'une exigence salubre car l'intérêt personnel est la meilleure sauvegarde de l'intérêt collectif » (2). Et il est à redouter que les représentants de l'Etat n'ayant aucun intérêt personnel, n'administrent pas la société avec tout le soin désirable. Cette dérogation à la loi de 1867 est regrettable, car elle supprime une des garanties du bon fonctionnement des sociétés ; elle compromet par là sérieusement le succès des sociétés mixtes et leur avenir.

1. Article 3 de sa proposition de loi : « Les représentants de l'Etat à l'assemblée générale et au conseil d'administration ne sont pas tenus d'être propriétaires d'actions. »

2. Garcin, *L'évolution de l'économie mixte en France* (*Revue des Sociétés*, 1924, p. 106).

2. Dépôt d'actions de garantie

Pour être administrateur d'une société anonyme, il ne suffit pas d'être actionnaire, il faut encore posséder le nombre d'actions déterminé par les statuts ou par l'assemblée générale des actionnaires. Ces actions doivent être nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées par les administrateurs dans la caisse sociale, en garantie de leur gestion (art. 26, § 3 de la loi du 24 juillet 1867).

On ne comprendrait pas pourquoi l'Etat administrateur serait dispensé de se soumettre à cette exigence de la loi. Ayant les mêmes droits et pouvoirs que les administrateurs ordinaires, il doit avoir les mêmes obligations. De plus, ce sera une garantie pour la société qui pourra ainsi se payer sur ces actions des conséquences de ses fautes de gestion. Ce sera peut-être même la seule et encore sera-t-elle illusoire, si les actions appartenant à l'Etat sont insaisissables et inaliénables, ou si elles sont données en représentation d'un capital fictif, car alors elles ne représentent plus aucune valeur.

Le décret de 1923 n'a pas dérogé à la loi de 1867 sur ce point (1). La Société d'Etudes législatives en a décidé autrement. D'après l'article 7 de sa proposi-

1. Article 8, § 3 : « Les actions de garantie sont déposées conformément aux lois par l'administration des domaines qui conserve et gère les titres de l'Etat. »

tion de loi « les dispositions relatives au dépôt d'actions en garantie ne sont pas applicables à l'Etat » et cela — on l'a dit au cours de la discussion — parce que la solvabilité de l'Etat est certaine.

Nous ne comprenons pas la nécessité de cette disposition exceptionnelle. Si grande en effet que soit la solvabilité de l'Etat, il n'y a aucun inconvénient pour lui à le soumettre au droit commun.

3. Conditions exigées des représentants de l'Etat

Le contrat de société étant considéré comme une affaire économique d'ordre purement privé, aucune autre condition n'est requise, en droit commun, pour être administrateur. Il en est autrement dans les sociétés mixtes, où l'Etat est obligé de se faire représenter au conseil d'administration par des personnes physiques. Il s'agit alors de déterminer les personnes qui pourront le représenter.

D'après le décret du 18 octobre 1923, l'Etat ne peut pas être représenté par de simples particuliers, il doit choisir ses représentants parmi des fonctionnaires réunissant certaines conditions. Article 7 : « Les représentants de l'Etat sont désignés comme il est dit à l'article 2. Article 2 : « L'Etat ne peut désigner pour le représenter que a) des fonctionnaires en activité, en congé, en disponibilité ou en retraite appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour des Comptes, à l'inspection des finances, aux corps des mines ou des ponts et chaussées, b) des directeurs ou

directeurs honoraires des administrations centrales des ministères exerçant cette fonction depuis cinq ans au moins ou l'ayant exercée pendant cette durée, c) des sous-directeurs ou sous-directeurs honoraires de l'administration centrale du ministère des finances comptant la même durée de fonctions, d) des fonctionnaires de l'administration des domaines ayant rang de directeur et comptant la même durée de fonctions (1).»

Il est regrettable que le choix des ministres soit limité à des fonctionnaires. On exclut par là tous les particuliers qui ont une grande habitude des affaires et qui pourraient gérer utilement la société.

« Cette liste a été établie très soigneusement. Elle comprend toutes les personnes qui sont susceptibles de représenter l'Etat avec une certaine compétence » a dit M. Rolland. Or, il ne suffit pas de représenter l'Etat, il faut, encore et surtout, bien administrer la société. Autre chose est représenter l'Etat, autre chose est administrer une société. Les qualités voulues pour faire un directeur de ministère, ou un conseiller d'Etat ne sont pas les mêmes que celles pour faire un bon administrateur de sociétés. Tel qui aura été un fonctionnaire irréprochable, sera bien souvent un mauvais administrateur.

Si grandes d'ailleurs que puissent être les qualités

1. Cette énumération des fonctionnaires qui peuvent représenter l'Etat a été reprise par la Société d'Etudes législatives dans l'article 2, de sa proposition de loi.

deces fonctionnaires, il est à redouter qu'ils ne gèrent la société selon les méthodes administratives, c'est-à-dire avec minutie et lenteur et sans esprit de hardiesse. On « fonctionnarise » la société mixte qui sera gérée comme un service public.

**Nombre de représentants de l'Etat
au conseil d'administration**

Si l'on avait fait application à l'Etat des dispositions de la loi de 1867, voici les solutions auxquelles on serait arrivé.

Dans une société anonyme, tout actionnaire n'est pas administrateur. Il faut qu'il ait été désigné par les statuts ou l'assemblée générale des actionnaires et qu'il possède le nombre d'actions exigé par les statuts.

Donc si l'Etat ne possède pas le nombre suffisant d'actions et même, si le possédant, il n'a pas été désigné par l'assemblée générale, il ne doit pas être administrateur. Cependant, nous l'avons déjà indiqué, l'Etat veut, dans tous les cas, collaborer à la gestion, il entre dans la société non pas comme un actionnaire ordinaire, mais comme puissance publique.

C'est ainsi qu'il s'impose comme administrateur à la société, et même s'il n'a pas le nombre d'actions voulu par les statuts pour être administrateur. Le décret du 18 octobre 1923 a dérogé une fois de plus à la loi de 1867. Il dispose expressément dans l'ar-

ticle 6 *in fine* que *dans tous les cas* l'Etat aura un représentant au conseil d'administration.

Ce n'est pas tout, le décret est allé encore plus loin dans la voie de la dérogation. Contrairement à la règle qu'un actionnaire, quel que soit le nombre d'actions qu'il possède, ne peut avoir qu'une place au conseil d'administration, le même article 6 décide que l'Etat pourra avoir autant de représentants qu'il aura de fois la part du capital à laquelle est accordé un administrateur « la proportion de représentants de l'Etat dans le conseil d'administration ne peut dépasser celle du montant nominal des actions attribuées à l'Etat par rapport au capital social » (1). Si par exemple la société a un capital social de 3 millions et 6 administrateurs, l'Etat qui possèdera 1 million d'actions, le tiers du capital, pourra avoir le tiers des représentants au conseil d'administration de cette société.

Par l'effet de l'application de la loi de 1867, la situation de l'Etat aurait été trop modeste, et comme on voulait lui assurer une place prépondérante dans la gestion de la société mixte (2), on a écarté l'application du droit commun.

1. La proposition de loi de la Société d'Etudes législatives contient une disposition semblable : « le nombre de ces administrateurs (représentants de l'Etat) est fixé d'après la proportion existant entre le montant nominal des actions appartenant à l'Etat et le capital social... » (article 6, alinéa 2).

2. D'après la loi du 27 mai 1921 relative à l'aménagement du Rhône (article 3 *in fine*) les représentants de l'Etat devront comprendre les deux tiers au moins des membres du conseil

L'Etat est un administrateur *nécessaire*, qui s'impose à la société. Il a toujours au moins un représentant au conseil d'administration ; et même il peut avoir un nombre de représentants proportionnel au capital par lui possédé.

Par le jeu de ces dispositions, il pourra arriver que l'Etat ait la majorité des sièges au conseil d'administration. Dans ce cas, comme les décisions sont prises à la majorité des voix, ce sera lui seul en réalité qui administrera la société soi-disant mixte.

SECTION II

Nomination et révocation de l'Etat administrateur et de ses représentants

1. Nomination de l'Etat et de ses représentants ; l'Etat administrateur nécessaire

D'après le droit commun, les administrateurs de sociétés anonymes sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Ils peuvent aussi être désignés par les statuts avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

Or l'Etat, nous l'avons déjà indiqué, est un admi-

d'administration ; le président du conseil d'administration sera désigné par l'Etat parmi ses représentants.

Voir également l'article 5 du projet de loi du 8 février 1923 sur la fabrication de l'ammoniaque synthétique.

nistrateur qui se nomme lui-même. Bien plus l'assemblée générale des actionnaires n'intervient même pas pour désigner les personnes physiques qui le représenteront au conseil d'administration. L'Etat choisit lui-même ses représentants. On aurait pu faire désigner ces administrateurs par l'assemblée générale, parmi des personnes désignée par le Ministre. Mais on n'a pas voulu diminuer la prééminence de l'Etat, et l'on a sacrifié les règles du droit commun qui auraient pu empêcher ou entraver même cette prééminence. C'est ainsi que l'on s'est débarrassé de tous les textes gênants du droit commun pour accorder à l'Etat des prérogatives dont par la seule application du droit commun, il n'aurait pas été investi.

L'article 7 du décret du 18 octobre 1923 dispose formellement que les administrateurs représentant l'Etat sont nommés par l'Etat, par arrêté du ministre des Finances et du ministre des Travaux publics, le conseil d'administration entendu, et que leur nomination n'est pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

Cette disposition a été reprise par la Société d'Etudes législatives, dans sa proposition de loi (art. 6) : « L'Etat est représenté dans le conseil d'administration par les administrateurs désignés de la même manière que le représentant à l'assemblée générale. » D'après l'article 2, alinéa 2 de cette même proposition, ce représentant est désigné par le ministre des Finances

de concert avec le ministre aux attributions duquel correspond l'objet de la société.

Le rapporteur de la proposition de loi a justifié cette disposition en ces termes : « Il a paru impossible, a-t-il dit, d'admettre que l'Etat ne fut pas absolument le maître du choix des hommes qui ne font que le représenter, sont en quelque sorte ses porte-paroles. Une raison surtout est déterminante. Nous avons admis que les responsabilités civiles découlant de l'exercice du mandat des représentants de l'Etat incombent à ce dernier... il est normal que l'Etat choisisse seuls ceux qui l'engageront. »

Cette dérogation apportée au droit commun, se rattache donc dans la pensée de ses auteurs, à l'idée que c'est l'Etat qui est administrateur et que c'est l'Etat qui est responsable. Mais on peut faire remarquer que puisque les administrateurs engagent la société, et il est tout aussi normal que ce soit la société elle-même qui les choisisse ; l'on comprend plus difficilement en effet, comment, la société peut être engagée par un administrateur qu'elle n'a pas choisi.

Ce n'est pas tout. En désignant lui-même ses représentants au conseil d'administration, l'Etat qui est administrateur fait ce qu'on appelle une substitution de mandat. Il choisit lui-même quelqu'un pour administrer à sa place et suivant ses directives.

Il est généralement admis par les auteurs — et cela par interprétation de l'article 22 de la loi de

1867 — qu'il est impossible pour un administrateur de se substituer un tiers dans la gestion des affaires sociales.

D'ailleurs, il n'y a pas véritablement en l'espèce substitution de mandat. On ne peut en effet parler de substitution de mandat que si à l'origine il y a un mandat. L'Etat n'est pas un mandataire, puisqu'il se nomme lui-même, puisqu'il s'impose à la société, il ne peut en conséquence transmettre un mandat qu'il n'a pas lui-même reçu.

Encore pourrait-on dire qu'il est tout naturel que l'Etat choisisse ses représentants si ceux-ci agissaient suivant ses indications et s'ils traduisaient et exprimaient au dehors sa volonté et sa pensée, il faudrait pour cela qu'il n'aient aucune liberté de vote, qu'ils agissent toujours selon les directives de l'Etat, du gouvernement. Or, précisément l'on a admis que les représentants de l'Etat pouvaient voter en sens divers. Il est alors très difficile de comprendre pourquoi l'Etat nomme lui-même des représentants qui peuvent voter en toute liberté. Si ceux-ci expriment vraiment la volonté de l'Etat, leur vote ne doit pas être différent, il doit être unique, car la volonté de l'Etat qu'ils expriment est une.

Il n'est pas logique de considérer comme des représentants de l'Etat, comme ses « organes », des individus qui peuvent voter comme il leur plaît et qui ont une complète liberté d'action. L'on ne comprend plus alors pourquoi ils engagent la respon-

pensabilité civile de l'Etat. De même l'on ne trouve pas davantage la raison pour laquelle c'est l'Etat lui-même qui les nomme.

En réalité, c'est perdre son temps que de rechercher une explication juridique de cette situation qui est faite à l'Etat dans la société. L'Etat n'est pas un associé ordinaire, on lui a fait une situation spéciale et *sui generis* qu'il serait vain de vouloir ramener par un procédé de raisonnement à la situation de l'administrateur telle qu'elle est déterminée par la loi de 1867. On a introduit du droit public dans un contrat de droit privé.

L'Etat agit ici comme puissance publique, et non comme un administrateur.

2. — Durée des pouvoirs de l'Etat administrateur et de ses représentants

C'est une règle essentielle — établie par l'article 25 alinéas 2 et 3 de la loi du 24 juillet 1867 — que les administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires ont des pouvoirs temporaires. Ils ne sont élus que pour six ans au plus. Quant aux administrateurs qui sont nommés par les statuts, leurs pouvoirs sont encore de plus courte durée; ils ne peuvent être élus que pour trois ans. Par cette disposition, le législateur a voulu éviter que la société ne soit trop longtemps administrée par les mêmes personnes.

La conception économique de la société mixte,

d'après laquelle l'Etat doit toujours administrer la société en concours avec de simples particuliers, pour pouvoir diriger l'entreprise dans le sens de la satisfaction de l'intérêt général, exigeait que celui-ci fût non seulement un administrateur *nécessaire*, mais encore un administrateur *permanent*. Aussi a-t-on purement et simplement repoussé l'application à l'Etat de cette règle du caractère temporaire des pouvoirs des administrateurs.

Le décret du 18 octobre 1923 dont l'article 9 décide que « la durée de la fonction dont sont investis les représentants de l'Etat au conseil d'administration est égale à celle du mandat conféré aux administrateurs et la proposition de loi de la Société d'études législatives qui a reproduit une disposition analogue (1) paraissent avoir fait cependant application du droit commun à l'Etat. En réalité, il n'en est pas ainsi. Si l'on admettait en effet que le représentant de l'Etat est administrateur en son nom personnel, en changeant de représentants, on changerait vraiment d'administrateurs. Que si l'on considère l'Etat comme étant lui-même administrateur, et les personnes qui le représentent comme n'étant que ses mandataires, on a beau changer les mandataires, le mandant reste toujours le même. En fait la société sera toujours administrée par le même administrateur, l'Etat.

1. Article 8: « Les représentants de l'Etat au conseil d'administration sont désignés pour le même temps que les autres administrateurs ».

La disposition de l'article 25 de la loi de 1867 a été détournée de son application normale puisqu'elle ne joue plus dans les rapports de la société avec son représentant, l'administrateur, mais seulement dans les rapports d'un administrateur, l'Etat, avec ses représentants.

3. — La révocation de l'Etat administrateur et de ses représentants

A la règle du caractère temporaire des pouvoirs des administrateurs, il faut rattacher la règle de la loi de 1867 sur la révocation des administrateurs. Aux termes de l'article 22 de cette loi, les administrateurs sont des mandataires de la société ; ils peuvent être révoqués à toute époque par l'assemblée générale qui les a nommés. Cette disposition n'est que l'application à la société anonyme des règles du mandat ; le mandant peut retirer les pouvoirs à son mandataire quand il lui plait (article 2.004 Code civil).

Les administrateurs sont ainsi sous la dépendance de l'assemblée générale, et il ne peut pas en être autrement. La disposition de l'article 22 est impérative ; toute clause contraire est nulle.

Il n'était cependant pas possible d'appliquer cette règle à l'Etat administrateur d'une société mixte ; la conception économique de cette société suppose en effet que l'Etat est *toujours* administrateur.

Du jour où l'Etat n'est plus administrateur, la

société cesse d'être mixte. La conception de la société mixte s'opposait donc à l'application du droit commun — aussi a-t-on fait de *l'Etat un administrateur irrévocable*. D'ailleurs c'était dans la logique du système. Si le droit de révocation qui appartient à l'assemblée générale se comprend aisément vis-à-vis des administrateurs qu'elle a nommés, il ne se comprend plus vis-à-vis des administrateurs, comme l'Etat, qui n'ont pas été choisis par elle. A déroger au droit commun, il fallait y déroger complètement.

On a cependant fait — ou plutôt prétendu faire — application de la règle de la révocabilité des administrateurs aux représentants de l'Etat. L'Etat est un administrateur irrévocable, mais ceux qui le représentent peuvent être révoqués par l'Etat qui les a nommés (article 9 du décret du 18 octobre 1923).

Ce droit de révocation accordé à l'Etat n'est pas le même que celui qui appartient à l'assemblée générale des actionnaires. Celle-ci, en effet, peut révoquer un administrateur sans en indiquer le motif. On n'a pas voulu appliquer cette règle au représentant de l'Etat. En vue de lui assurer une situation assez stable, le décret du 18 octobre 1923 (art. 9) n'a accordé le droit de révocation aux ministres intéressés à l'entreprise, que lorsque le représentant aura par sa faute engagé la responsabilité civile de l'Etat ou compromis les intérêts de celui-ci ; et même la décision ne pourra être prise par les ministres qu'après avis d'une commission de six membres.

La Société d'Etudes législatives a accordé à l'Etat un droit de révocation plus étendu. L'article 8 de sa proposition de loi permet la révocation au cas où le représentant de l'Etat est dans l'impossibilité de remplir sa mission et au cas de fautes et négligences graves, alors même que ces fautes n'auraient pas engagé la responsabilité civile de l'Etat et compromis ses intérêts. Ainsi que l'a fait remarquer M. Colson au cours de la discussion à la Société d'Etudes législatives, cette révocation présente le caractère d'une sanction disciplinaire. Pour accorder une certaine indépendance aux représentants de l'Etat, on n'a pas permis à l'Etat de révoquer *ad nutum* et sans raison, ses représentants. La règle de la révocation des administrateurs qu'on applique ici aux représentants de l'Etat est détournée de son application normale, puisqu'on la fait jouer dans les rapports de l'Etat avec ses représentants, alors qu'elle a été édictée pour régir les rapports de la société avec ses administrateurs. Peut-on même dire que c'est une règle de la loi de 1867 détournée. N'est-elle pas plutôt l'application pure et simple des règles du droit administratif qui régissent les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires.

Toutes ces dispositions rappellent les règles relatives au retrait de pouvoir des fonctionnaires. Nous sommes bien loin en réalité de l'administration de la société anonyme, telle qu'elle est régie par le droit commercial !

La conception économique de la société mixte — celle qui résulte des différentes lois qui en ont prévu l'application en France — tend à accorder à l'Etat une place prépondérante dans la gestion de l'entreprise. Or l'application de la loi de 1867 sur les conditions requises, la nomination et la révocation des administrateurs aurait fait de l'Etat un administrateur ordinaire ; sa situation et ses pouvoirs auraient été identiques à ceux des autres.

Aussi, pour assurer dans tous les cas à l'Etat une prééminence dans la direction des affaires sociales, on a dérogé au droit commun des sociétés tant et si bien que la situation faite à l'Etat dans la société n'est plus celle d'un administrateur, mais celle de l'Etat, puissance publique, qui fait la loi.

Il y aura donc dans la société mixte deux catégories d'administrateurs : les uns, les administrateurs ordinaires désignés par l'assemblée générale, révocables par elle et remplissant toutes les conditions exigées par la loi ; les autres, les représentants de l'Etat, choisis par l'Etat, révocables à son gré, ne remplissant pas les conditions exigées par la loi.

Les premiers dépendant des actionnaires réunis en assemblée générale représentent l'intérêt de tous les actionnaires autres que l'Etat, c'est-à-dire le véritable intérêt de la société (tel qu'il a été conçu par le Code civil et les lois commerciales) qui est de réaliser des bénéfices. Les seconds, tout à fait indépendants de l'assemblée générale des actionnaires

soumis à un seul actionnaire l'Etat, sont chargés d'assurer la satisfaction de l'intérêt général, raison pour laquelle l'Etat est entré dans la société. Or, l'intérêt général est différent de l'intérêt social, quand il ne lui est pas opposé. L'unité de la société anonyme a été rompue. Il y a dans cette société mixte deux intérêts différents qui sont représentés par deux catégories différentes d'administrateurs.

Si différents, quant à l'origine de leurs fonctions, des administrateurs ordinaires, les représentants de l'Etat vont-ils avoir les mêmes pouvoirs que ceux-ci, et encourir une responsabilité semblable? Sur ce point encore, il paraît difficile d'appliquer à l'Etat les règles du droit commun.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS ET LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ADMINISTRATEUR

La société anonyme est administrée par des personnes qui sont considérées par la loi comme des mandataires. L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 dispose en effet que « les société anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires ». De cette idée de mandat découlent deux conséquences essentielles : la représentation du mandant par le mandataire, la responsabilité du mandataire envers le mandant.

L'administrateur mandataire représente la société. C'est lui qui traite avec les tiers pour la gestion des affaires sociales et les opérations qu'il accomplit rendent la société créancière ou débitrice sans l'obliger lui-même personnellement (1).

Comme tout mandataire, l'administrateur est responsable vis-à-vis de la société, son mandant, de ses

1. Article 32 du Code de commerce : « Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société. »

fautes de gestion (art. 1992 du Code civil et 44 de la loi de 1867).

Cette conception de l'administrateur mandataire ne peut être appliquée à l'Etat. Celui-ci, nous l'avons montré dans le chapitre précédent, est un administrateur qui n'est pas nommé par la société, qui s'impose à elle.

Va-t-on lui accorder cependant les mêmes pouvoirs qu'aux autres administrateurs et lui reconnaître le droit d'engager la société bien qu'il n'ait pas été choisi par elle ? La question se complique de ce fait que l'Etat se fait représenter à son tour par des fonctionnaires ; il convient alors de préciser la nature du lien qui unit le représentant à l'Etat et l'Etat à la société.

L'Etat administrateur sera-t-il responsable comme les administrateurs ordinaires ? Peut-on lui appliquer les dispositions de la loi de 1867 sur la responsabilité des administrateurs ?

Nous sommes ainsi en présence d'un double problème, celui des pouvoirs de l'Etat administrateur et de ses représentants, et celui de la responsabilité de l'Etat administrateur. Nous en rechercherons successivement la solution dans les deux sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE

Les pouvoirs de l'Etat administrateur

Les pouvoirs des administrateurs n'ont été définis ni par le Code de commerce ni par la loi du 24 juillet 1867. Ce sont généralement les statuts qui en contiennent l'énumération et en déterminent l'étendue. Dans le silence des statuts, ils peuvent décider des mesures d'administrations telles que la prise en location ou la mise en location d'immeubles; ils peuvent aussi voter les actes nécessaires au fonctionnement de l'entreprise tels que l'achat de matériel ou de marchandises, la vente de marchandises, etc.

La gestion des sociétés anonymes est une gestion collective, les membres du conseil d'administration peuvent seulement voter sur les mesures à prendre. Généralement le conseil d'administration choisit parmi ses membres un agent auquel il délègue une partie de ses pouvoirs d'administration (administrateur délégué) et qui est chargé d'exécuter les marchés, de répondre aux actions judiciaires ou de les exercer.

On comprend aisément que les administrateurs nommés par l'assemblée générale des actionnaires puissent engager la société. L'origine de leurs pouvoirs en est la justification. Il est beaucoup plus difficile d'expliquer et de justifier pourquoi l'Etat,

administrateur qui n'est pas nommé par la société, peut engager celle-ci, par son vote au conseil d'administration ou par ses actes de gestion s'il est administrateur délégué.

Il ne nous paraît pas possible d'en donner une explication juridique. Une société anonyme ne peut être engagée que par les administrateurs qu'elle-même a choisis et qui sont ses mandataires.

On peut citer cependant comme exception à ce principe, le cas du liquidateur de société désigné par le tribunal de commerce lorsque les associés ne sont pas d'accord pour le choisir. Ce liquidateur, bien que non choisi par les associés, engage cependant la société par ses actes de liquidation. Mais c'est là une solution particulière à la liquidation et qui ne s'applique que lorsque les associés ne sont pas d'accord, parce qu'il faut bien tout de même que la société soit liquidée. *Si donc, l'Etat engage la société dont il n'est pas le mandataire, c'est en vertu de son omnipotence, parce qu'il est puissance publique.*

Le problème se complique encore, car c'est par l'intermédiaire de représentants que l'Etat exerce ses pouvoirs d'administrateur. On admet généralement que les représentants de l'Etat ne sont que les porte-paroles, les mandataires de l'Etat qui est lui-même administrateur. Le décret du 18 octobre 1923 et la proposition de loi de la Société d'études législatives ont adopté cette solution. Les représentants de l'Etat au conseil d'administration en effet sont nommés et

révoqués par l'Etat, ils ne sont pas tenus d'être personnellement propriétaires d'actions, enfin ils ne supportent pas la responsabilité civile qui est à la charge de l'Etat. Cette conception des représentants de l'Etat mandataires n'a cependant pas été suivie dans toutes ses conséquences puisque ceux là même qui l'ont adoptée, admettent que les représentants peuvent émettre des votes différents et leur font encourir la responsabilité pénale. Le décret du 18 octobre 1923 attribue même aux représentants de l'Etat la rémunération de l'administrateur (jetons de présence et tantièmes) (1).

Si l'on admet que c'est l'Etat qui est lui-même administrateur, on déroge à la règle du caractère personnel du mandat d'administrateur. Il est admis par certains auteurs nous l'avons vu (2) et cela par interprétation de l'article 22 de la loi de 1867 qu'il n'est pas possible de substituer un tiers dans l'administration d'une société parce que l'administrateur a été désigné par l'assemblée générale à raison de ses qualités personnelles et surtout parce que c'est un actionnaire, intéressé au premier chef à la prospérité et à la bonne gestion des affaires sociales.

1. Art. 10 : « Les représentants de l'Etat ont droit aux jetons de présence et aux tantièmes attribués d'une façon générale à tous administrateurs de la société. »

2. Wahl, *Traité du contrat de société*, 2^e édition, n° 307; Pic, *Des sociétés commerciales*, II, n° 1128, p. 578-579. En sens contraire Houpin, II 840, Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, II, 838.

Nous avons vu que la prohibition de la substitution du mandat d'administrateur n'avait pas de raison de s'appliquer aux sociétés de sociétés, car les représentants de la société administrateur ont un intérêt indirect à bien administrer la société dont celle qu'ils représentent et dont ils font partie est actionnaire. Elle doit au contraire s'appliquer à l'Etat administrateur qui se fait représenter au conseil d'administration par des gens qui ne sont pas actionnaires et n'ont pas même un intérêt indirect dans la société mixte.

On reconnaît cependant aux représentants de l'Etat les mêmes pouvoirs qu'aux autres administrateurs. « Ces administrateurs — dispose l'article 5 § 2 du décret du 18 octobre 1923 — siègent et agissent *ès qualités* avec les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres du conseil d'administration tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des tiers ». A la suite des observations de M. Rolland la Société d'Etudes législatives a adopté la même solution (1).

Après avoir posé le principe que les administrateurs représentant l'Etat auront les mêmes pouvoirs que les autres, le décret y apporte lui-même des dérogations dans l'article 10 aux termes duquel « les représentants de l'Etat ne peuvent remplir des man-

1. Article 7 § 1^{er} de sa proposition de loi : « Les administrateurs représentant l'Etat *siègent et agissent *ès qualités* avec les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres du conseil d'administration, tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis du tiers.* »

datés spéciaux, recevoir une rémunération exceptionnelle ou bénéficier d'avantages particuliers qu'après autorisation ministérielle. Ils ne peuvent, sans la même autorisation, accepter dans la société des fonctions de direction telles que celles de président, de vice-président d'administrateur délégué ou d'administrateurs directeurs». Il semble bien résulter de cette disposition que les représentants de l'Etat sont des administrateurs qui ne dépendent pas de la société, mais seulement de l'Etat et qu'ils ne peuvent rien faire sans avoir demandé au préalable l'autorisation de l'Etat.

La proposition de loi de la Société d'Etudes législatives ne contient pas de limitation aux pouvoirs des administrateurs. La question a été cependant discutée et plus particulièrement celle de savoir si les représentants de l'Etat pouvaient être présidents du conseil d'administration ou administrateurs délégués. Il n'y a pas d'inconvénients à ce que le représentant de l'Etat soit président du conseil d'administration (1), il y en a au contraire de sérieux à admettre qu'il puisse être administrateur délégué, surtout si l'on admet que la responsabilité civile incombe à l'Etat. En effet la responsabilité des administrateurs délégués qui ont pour mission d'exécuter les délibérations du conseil d'administration et qui concentrent entre leurs mains la gestion sociale, est assez lourde, et

1. La loi du 27 mai 1921 sur l'aménagement du Rhône dispose (art. 3) que le président du conseil d'administration sera désigné par l'Etat parmi ses représentants.

par là, si l'on admet que la responsabilité civile incombe à l'Etat, la responsabilité de l'Etat sera dangereusement étendue.

SECTION II

La responsabilité de l'État administrateur

1. La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes d'après la loi du 24 juillet 1867

Aux termes de l'article 32 du Code de commerce « les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu ». L'article 44 de la loi du 24 juillet 1867 dispose d'autre part que « les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer des dividendes fictifs ».

Les administrateurs de sociétés anonymes étant des mandataires, sont comme tels responsables de leurs fautes de gestion envers leur mandant, en l'espèce, la société. Leur responsabilité est alors *contractuelle* et il faut appliquer les règles relatives au mandat ou au contrat de société (art. 1992 et 1850-

1852 du Code civil). Ils peuvent aussi être responsables envers les tiers du préjudice qu'ils auront causé par leur faute, leur responsabilité est alors *délictuelle* et régie par les articles 1382 et suivants du Code civil.

Les administrateurs mandataires sont responsables vis-à-vis de la société. Une fois par an, au moins, l'assemblée générale des actionnaires reçoit les comptes des administrateurs : ou bien, elle accepte les comptes et donne quitus ; ou bien elle les repousse et intente contre les administrateurs l'action dite sociale.

Ce n'est pas seulement vis-à-vis de la société que les administrateurs sont responsables, ils ont encore à répondre de leurs fautes envers les tiers, créanciers ou actionnaires. Dans ce cas, l'action intentée est une action purement individuelle ayant pour fondement l'article 1382 du Code civil et pour but la réparation du préjudice causé par la mauvaise gestion. C'est ainsi que les créanciers sociaux lésés par la distribution de dividendes fictifs peuvent intenter une action en dommages-intérêts contre les administrateurs ; de même, par application de l'article 42 de la loi de 1867, si les règles de constitution de sociétés anonymes ont été violées, les administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue peuvent être poursuivis comme responsables.

La responsabilité qui pèse sur les administrateurs peut être individuelle ; il en est ainsi lorsque l'action

est intentée contre un membre du conseil d'administration. Le plus souvent cette responsabilité sera solidaire et tous pourront être poursuivis, car les actes dommageables résultent d'une délibération collective du conseil d'administration, et peuvent être imputés à tous. Chaque administrateur pourra être poursuivi pour le tout, il pourra se retourner ensuite contre ses collègues pour faire répartir entre eux et lui la condamnation prononcée contre lui seul.

Enfin, dans certains cas prévus par la loi de 1867 (article 13, 15, 3^e et 45), les administrateurs peuvent encourir une responsabilité pénale : la distribution de dividendes fictifs constitue un délit punissable des peines de l'escroquerie édictées par l'article 405 du Code pénal.

Telles sont les règles essentielles qui régissent la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes. On doit en faire l'application à tout administrateur quel qu'il soit, lorsqu'il n'y a pas été dérogé par un texte spécial. Les différentes lois qui ont prévu l'entrée de l'Etat dans les sociétés comme actionnaire et administrateur, ne contiennent aucune disposition sur ce point. Il faut donc soumettre l'Etat administrateur à la même responsabilité que les administrateurs ordinaires — et ce n'est que justice. Puisqu'il a les mêmes droits et pouvoirs que ceux-ci, il doit avoir la même responsabilité : à pouvoir égal, responsabilité égale. Mais peut-on soumettre l'Etat à la responsabilité du droit commun ?

Cela paraît difficile. Car l'Etat étant une personne morale, et une personne morale de droit public, on se heurte à deux problèmes : celui de la responsabilité civile et pénale des personnes morales et celui de la responsabilité de l'Etat en droit public.

2. — Difficultés d'application de cette responsabilité à l'Etat

Nous avons déjà montré que l'Etat, personne morale, était obligé de se faire représenter au conseil d'administration par des personnes physiques et qu'il n'était pas très facile de déterminer, exactement sur qui reposait la qualité d'administrateur, si c'était sur l'Etat ou sur ses représentants. Selon que l'on considère l'Etat ou ses représentants comme administrateurs en leur nom personnel, la solution du problème de la responsabilité est différente.

Si l'on admet que les représentants de l'Etat sont véritablement administrateurs, on doit alors faire peser sur eux la même responsabilité que sur les administrateurs ordinaires, il n'y a aucune raison pour les soustraire au droit commun puisque ce sont des particuliers. Que si l'on admet au contraire, — comme semblent l'avoir admis le décret du 18 octobre 1923 et la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives, — que c'est l'Etat lui-même qui est administrateur, que ceux qui administrent en fait ne sont que ses représentants, le problème de la responsabilité se pose alors dans toute sa complexité. Les règles particulières qui régissent la responsa-

bilité de l'Etat s'opposent aux règles du droit commun. Il faut rechercher s'il n'est pas possible d'établir une conciliation entre elles, ou si ces règles étant irréductibles les unes aux autres, il ne faut pas sacrifier délibérément l'application des unes à l'application des autres.

Il paraît au premier abord assez difficile de faire peser sur l'Etat une responsabilité pour les fautes commises par ceux qui le représentent. La personne morale n'a pas une volonté propre encore moins si l'on admet que les représentants de l'Etat ont toute liberté d'action et de vote. La faute ayant été commise en fait par le représentant, il faut rendre responsable celui qui l'a effectivement commise.

Mais du moment que la personne morale tire profit de l'activité de ses représentants, elle doit en retour, subir les mauvaises conséquences qui résultent de l'exercice de cette activité. Aussi la Jurisprudence admet que la personne morale doit répondre des fautes commises par ses représentants. La plupart des décisions rendues sur ce point fondent cette responsabilité sur l'article 1382 du Code civil, et mettent ainsi à la charge de la personne morale une responsabilité personnelle.

S'il est possible d'admettre à la charge de la personne morale une responsabilité civile, engageant son patrimoine, il est beaucoup plus difficile de faire peser sur elle une responsabilité pénale ; la question est plus délicate. Il est traditionnellement

admis que les personnes morales ne sont pas responsables pénalement, et dès lors, lorsque les administrateurs de sociétés sont des personnes morales, il n'est pas possible de leur appliquer les peines prévues par la loi de 1867 (art. 15 et 45) contre les fondateurs qui ont violé les dispositions légales sur la constitution des sociétés ou contre les administrateurs qui ont permis la distribution de dividendes fictifs. Les dispositions de la loi de 1867 sur ce point, restent lettre morte.

Mais la thèse de l'irresponsabilité des personnes morales n'est pas admise par tous les auteurs. Certains l'ont critiquée avec beaucoup de force et ont invoqué de solides arguments (1) à l'appui de leur thèse. Il est inique — a-t-on dit — que les personnes morales puissent impunément commettre des délits ou des crimes, c'est d'autant plus injuste que ce sont des organismes indépendants dont les droits sont aujourd'hui très étendus. De plus, le crime ou délit aura été commis par une personne physique membre de la personne morale, administrateur de la société ; or comme le fait très justement remarquer M. Mestre, « l'acte de l'individu membre du groupement pourra sous certaines conditions être regardé comme l'acte, le délit du groupe lorsque l'individu aura agi comme organe du groupe ». L'organe est la personne qui incarne la

1. A. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899.

volonté de la personne morale, qui l'exprime au dehors ; le délit de l'organe doit être considéré comme le délit de la personne morale elle-même et la responsabilité pénale doit être supportée par la personne morale.

Cette conception un peu métaphysique n'est pas d'ailleurs en désaccord avec les faits et la pratique. Il est en effet parfaitement possible de punir les personnes morales. Sans doute, l'on ne peut leur appliquer des peines corporelles ou privatives de liberté, mais on peut leur faire application de peines pécuniaires telles que l'amende ou la confiscation et de peines privatives de certains droits.

Il ne suffit pas de démontrer que les personnes morales peuvent être civilement et pénalement responsables, pour résoudre par là-même le problème de l'Etat administrateur. L'Etat n'est pas une personne morale comme les autres ; c'est une personne morale de droit public dont la responsabilité est soumise à des règles particulières du droit administratif.

La responsabilité de l'Etat en effet — et cela résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat — n'est pas régie par les principes du droit privé, établis pour les rapports de particulier à particulier. Elle n'est ni générale, ni absolue. Elle obéit à des règles spéciales qui varient suivant les besoins et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. Qu'est-ce à dire, sinon qu'en droit l'Etat n'est pas

responsable civilement et que si une réparation est accordée, cette réparation a pour base l'équité, et non l'article 1382 du Code civil.

« L'indemnité allouée, écrit M. Berthélemy, cesse dès lors d'être une légitime réparation pour devenir une faveur accordée par le Conseil d'Etat quand il le jugera à propos et destinée à réparer une injustice. »

De plus, à défaut d'un texte de loi, les actions en responsabilité contre l'Etat, les départements ou les communes doivent être intentées devant les tribunaux administratifs. La responsabilité des personnes morales publiques n'est pas de la compétence des tribunaux judiciaires, du moins en principe.

Si l'on applique à l'Etat administrateur, les règles du droit administratif sur la responsabilité, on aboutit à un résultat choquant. Il faut alors admettre que dans une société mixte, il y a deux catégories différentes d'administrateurs : les uns, les simples particuliers, responsables suivant le droit commun, c'est-à-dire selon les dispositions de la loi de 1867, les autres, représentants de l'Etat administrateur, soumis à une responsabilité beaucoup moins rigoureuse devant les tribunaux administratifs. Or comment admettre et justifier que dans la même société, il y ait des administrateurs qui aient les mêmes droits et pouvoirs, et qui ne soient pas soumis à la même responsabilité.

Le problème se complique encore si l'on envisage la question d'un point de vue plus réaliste,

pourrait-on dire. En réalité en effet, le vote de la mesure prise par le conseil d'administration et qui aura engagé la responsabilité des administrateurs, comme par exemple la distribution de dividendes fictifs, aura été votée par les représentants de l'Etat au conseil d'administration. La responsabilité de l'Etat administrateur à la suite du vote par un de ses représentants de la distribution de dividendes fictifs, ne sera donc pas directement engagée elle l'aura été (le sera) par l'intermédiaire de celui qui le représente. Il convient alors de rechercher la nature du lien qui unit l'Etat à ceux qui le représentent.

En principe les rapports juridiques qui unissent l'Etat à ceux qui le représentent ne sont pas de même nature que les liens entre particuliers ; ils ne sont régis ni par les règles du mandat, ni par les règles du louage de services. Ce ne sont pas certes davantage des relations de commettant à préposé : le *Conseil d'Etat* a décidé que l'article 1384 du Code civil est « un texte de droit privé qui ne détermine ni les rapports de l'Etat avec les fonctionnaires publics, les agents et employés administratifs, ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat ».

Mais alors, si l'on applique la solution du droit administratif, il faut admettre la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. Les fonctionnaires ne doivent répondre que de leur fait per-

sonnel. L'Etat doit répondre de leurs fautes de services. Toutes les fautes commises par le représentant de l'Etat dans l'administration de la société ne sont-elles pas des fautes de services ?

En fait, par conséquent, la responsabilité de l'Etat sera engagée par la faute de son représentant. L'Etat pourra-t-il au moins exercer un recours contre ce représentant, pour se faire rembourser les sommes qu'il aura été condamné à payer ?

Il est admis par le Conseil d'Etat qu'en l'absence de dispositions législatives spéciales [comme celles du 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII qui s'appliquent aux fonctionnaires comptables des deniers publics] les fonctionnaires ne sont pas responsables pécuniairement vis-à-vis de l'Etat des dommages matériels qu'ils ont causé par leurs fautes (1).

La responsabilité pécuniaire des représentants de l'Etat ne peut donc être engagée en l'espèce. Les seules sanctions auxquelles ils sont exposés sont des sanctions disciplinaires, telles que la suspension ou la révocation.

Quelle que soit la faute qu'ils aient commise, si gravement qu'ils aient compromis les intérêts de

1. Conseil d'Etat, 28 mars 1924. Dalloz, 1924.3.49, note Jean Appleton : « Considérant que la responsabilité pécuniaire d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison de fautes par lui commises à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative spéciale qui autorise le ministre compétent à le déclarer débiteur. »

l'Etat, les représentants de l'Etat au conseil d'administration ne supporteront sur leur patrimoine aucune conséquence de leur mauvaise gestion, et c'est très regrettable car en faisant peser sur eux une responsabilité pécuniaire, on les poussait par là même à administrer avec soin la société.

Malgré toutes ces considérations, on n'a pas voulu sacrifier les principes du droit administratif à la bonne administration de la société et c'est de ces principes que l'on a fait application dans le décret du 18 octobre 1923. L'article 9 de ce décret dispose en effet, que le ministre des Finances et le ministre des Travaux publics peuvent révoquer le représentant de l'Etat qui aura compromis les intérêts de l'Etat ou engagé par sa faute la responsabilité de l'Etat.

En définitive, c'est l'Etat qui supporte le poids de toute la responsabilité, c'est sur lui qu'en retombent toutes les mauvaises conséquences, ceux qui le représentent sont dégagés de toute responsabilité effective. Si l'Etat, par suite du fait de son représentant, a été condamné à payer des dommages-intérêts, ce n'est pas la révocation de son représentant qui les lui fera recouvrer !

L'Etat étant ainsi obligé de supporter toutes les conséquences résultant de la mauvaise gestion de ses représentants, est exposé à des risques très graves. Ceux qui administrent en fait à sa place n'ont aucun intérêt pécuniaire à bien administrer, puisque les garanties exigées d'un administrateur

ordinaire, à savoir la qualité d'associé, et la responsabilité assez lourde ne sont pas exigées d'eux. Malgré tous les inconvénients, de ce système la Société d'Etudes législatives a adopté dans sa proposition de loi sur l'Etat actionnaire une disposition analogue à celle du décret du 18 octobre 1923 ; d'après l'article 8, au cas de faute ou de négligence grave commise dans l'accomplissement de leurs fonctions, les représentants de l'Etat au conseil d'administration peuvent être révoqués par les ministres qui les ont désignés.

C'est toujours le conflit entre deux catégories de règles différentes, entre les règles du droit administratif et les règles du droit privé. On ne peut établir une conciliation entre elles, il faut sacrifier délibérément les unes pour admettre l'application intégrale des autres. Ce n'est pas en faisant des distinctions comme l'a fait le décret du 18 octobre 1923 (dont les dispositions ont été reproduites par la Société d'Etudes législatives dans sa proposition de loi) que l'on peut résoudre ce problème.

3. — Solution du décret du 18 octobre 1923 et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives

Le décret du 18 octobre 1923 et la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives, cela résulte nettement du rapport de M. Rolland, considèrent que les individus qui représentent l'Etat au conseil d'administration ne sont que des mandataires et que

c'est l'Etat lui-même qui est administrateur. Dès lors, il est logique que l'Etat supporte le poids de toutes les responsabilités, la responsabilité civile aussi bien que la responsabilité pénale.

Les auteurs du décret de 1923 et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives n'ont pas adopté cette solution logique. Ils ont établi une distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. « Les responsabilités civiles résultant de l'exercice du mandat des représentants incombent à l'Etat. Les responsabilités pénales sont encourues par les délégués personnellement ». Telle est la disposition de l'article 8 *in fine* du décret du 18 octobre 1923, reprise par la Société d'Etudes législatives dans l'article 7 § 2 de sa proposition de loi.

Comment expliquer cette distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale ? C'est ce qui nous paraît difficile au point de vue juridique. Le rapporteur de la proposition de loi à la Société d'Etudes législatives paraît s'être rendu compte du caractère arbitraire de cette distinction quand il a dit : « S'agit-il de la responsabilité civile, la logique voulait que l'Etat l'assumât puisque c'est l'Etat qui est administrateur. En ce qui concerne la responsabilité pénale, au fond nous aurions pu adopter la même solution, mais nous nous heurtons à un problème, celui de la responsabilité pénale des personnes morales. Il nous a paru plus simple de laisser la responsabilité pénale à la charge des personnes

représentant l'Etat ». Cette solution qui se recommande par sa simplicité, est, à notre avis, critiquable au point de vue juridique.

4. — Examen critique de cette solution

On ne comprend pas pourquoi l'Etat supporte la responsabilité civile et ne supporte pas la responsabilité pénale que l'on fait peser sur le délégué. De deux choses l'une en effet ; ou l'Etat est administrateur, et il doit comme tout administrateur être responsable civilement et pénalement, ou bien il n'est pas lui-même administrateur, il ne doit alors supporter aucune responsabilité, ni civile ni pénale, et celui qui administre en fait à sa place, doit subir toutes les responsabilités. On aperçoit ici tout l'intérêt de la question de savoir qui, de l'Etat ou du représentant, est administrateur.

Or puisque d'après le décret de 1923, le représentant de l'Etat n'est qu'un délégué, dans tous les cas la faute qu'il aura commise devra être considérée comme commise sur l'ordre de l'Etat. Elle doit être considérée comme la faute de l'Etat. Et puisqu'on admet une faute civile à la charge de l'Etat, pourquoi ne pas faire peser sur lui une faute pénale. Dans les deux cas, le délégué doit être exonéré de toute responsabilité ; il doit être présumé avoir agi sur l'ordre de l'Etat aussi bien au point de vue civil que pénal.

Reconnaitre le délégué responsable personnelle-

ment au point d'engager sa responsabilité pénale, et d'autre part l'exonérer de toute responsabilité civile, constitue une contradiction flagrante.

Ou l'acte qui a engagé la responsabilité de l'administrateur ne lui est pas imputable personnellement et aucune responsabilité ne doit peser sur lui ; ou bien il est personnellement en faute et il doit supporter toutes les conséquences de sa faute, tant civiles que pénales.

Cette distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale est d'autant plus contradictoire que le même fait donne souvent naissance à la responsabilité civile en même temps qu'à la responsabilité pénale. Si l'on poursuit la réparation contre une personne, il faut en principe poursuivre la réparation sociale contre la même personne. Si l'on adopte la solution du décret de 1923 et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives, le même fait donne lieu à des poursuites contre deux personnes différentes, l'action publique sera intentée contre le représentant de l'Etat, l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction devra être intentée contre l'Etat lui-même, puisque la responsabilité civile incombe à l'Etat.

C'est ainsi que la distribution de dividendes fictifs constitue un délit passible des peines de l'escroqueri (art. 405 Code pénal). Si le représentant de l'Etat a voté cette distribution, il va encourir une responsabilité pénale ; c'est contre lui que la peine de l'arti-

cle 405 du Code pénal sera réclamée. Mais d'autre part, les actionnaires auxquels cette distribution de dividendes fictifs aura causé un préjudice, pourront intenter une action civile en réparation de ce préjudice. Cette action civile, basée sur l'article 1382 du Code civil, devra être exercée contre l'Etat.

On ne comprend pas que pour le même fait, un individu puisse être considéré à la fois comme coupable et comme non coupable. Il est ou l'un ou l'autre, mais c'est contradictoire qu'il soit les deux à la fois. S'il est coupable, il doit réparer sa faute au point de vue civil comme au point de vue pénal.

Il est donc impossible de justifier au point de vue juridique cette distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. Cette distinction ne peut s'expliquer que par des considérations pratiques. On n'a pas voulu faire peser sur l'Etat une responsabilité pénale, parce que la responsabilité pénale entraîne l'application d'une peine, et l'on a pensé qu'il n'était pas possible d'appliquer une peine à l'Etat personne morale. Et comme d'autre part, il fallait tout de même que quelqu'un supportât les conséquences pénales du délit commis, « on a jugé plus simple » de faire supporter la responsabilité pénale par le représentant de l'Etat, qui en fait a perpétré le délit.

Mais dès lors que l'on soumet l'Etat à une responsabilité civile, c'est qu'on admet qu'il a commis une faute civile, faute personnelle ou faute

de choix ou de surveillance de son préposé (si l'on estime que le représentant est son préposé), pourquoi donc ne pourrait-il pas commettre une faute pénale ? Ce qui a empêché d'admettre la responsabilité pénale des personnes morales, ce n'est pas tant le fait qu'elles ne peuvent pas commettre de fautes, que la difficulté ou la prétendue impossibilité de leur appliquer des peines. Or, ainsi que nous l'avons déjà montré, il y a des peines, telles que les peines pécuniaires ou des peines privatives de droits, qui peuvent être appliquées aux personnes morales, sans difficulté.

Et à supposer même, ce qui n'est pas, que l'on ne puisse pas punir les personnes morales, ce n'est pas là une raison pour en repousser la responsabilité pénale. Puisqu'elles peuvent commettre une faute civile, pourquoi ne pourraient-elles pas commettre une faute pénale ?

Aussi, selon nous, en accordant la qualité d'administrateur à l'Etat, il fallait en retour, le soumettre à la même responsabilité civile et pénale que les autres administrateurs.

L'Etat administrateur ne supportera donc que la responsabilité civile. Quelle sera cette responsabilité civile ? On peut hésiter entre la responsabilité civile telle qu'elle est déterminée par les tribunaux administratifs et la responsabilité civile du droit commun telle qu'elle résulte de la loi du 24 juillet 1867 et qui est appréciée par les tribunaux judiciaires.

Le décret du 18 octobre 1923 est muet sur ce point. En l'absence de disposition particulière, il est logique d'admettre à la charge de l'Etat la même responsabilité appréciée par les mêmes tribunaux que celle qui est à la charge des administrateurs ordinaires.

Puisqu'il a les mêmes prérogatives et pouvoirs que ces derniers, il doit avoir la même responsabilité.

Et c'est d'ailleurs cette solution que semble avoir adopté la Société d'Etudes législatives. « Bien entendu, a dit le rapporteur M. Rolland, la responsabilité civile dont il s'agit ici n'a rien à voir avec la responsabilité ou plus exactement l'obligation d'indemniser qui peut atteindre l'Etat à raison du fonctionnement défectueux d'un service public et qui s'apprécie suivant des règles particulières. Il s'agit ici d'une responsabilité proprement dite s'appréciant d'après les règles du droit privé dans les mêmes conditions que celles d'un administrateur quelconque. Du moment que l'Etat emploie les mêmes procédés que les particuliers, pourquoi n'encourrait-il pas la même responsabilité ? »

Mais il ne suffit pas d'affirmer que l'Etat sera responsable comme un simple particulier; il faut qu'il le soit réellement. Or il est assez douteux qu'il puisse en être ainsi, car les règles spéciales qui régissent l'Etat débiteur et le principe de l'insaisissabilité des biens de l'Etat, paralysent en fait l'exécution

de la condamnation prononcée contre l'Etat (1).

Aussi loin que l'on aille dans la voie de l'assimilation de l'Etat administrateur aux administrateurs ordinaires, il y a toujours quelques dispositions de droit public qui empêchent de pousser cette assimilation jusqu'à ses dernières conséquences. Malgré donc toutes les affirmations, l'Etat sera en fait un administrateur différent de tous les autres, et il ne peut pas en être autrement puisqu'il est puissance publique et que c'est à ce titre qu'il entre dans la société.

Responsabilité solidaire. — Il y aura ainsi dans la société mixte deux catégories d'administrateurs, qui n'auront pas *effectivement* la même responsabilité. Et c'est d'autant plus difficile à concilier avec les dispositions de la loi de 1867, que la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes peut dans certains cas être solidaire. Or la responsabilité solidaire suppose que la responsabilité de tous les administrateurs est la même.

Responsabilité solidaire, signifie en effet que l'un quelconque des administrateurs — en l'espèce, l'Etat ou un administrateur ordinaire — peut être pour-

1. « La question a été très discutée lors de la préparation du décret du 18 octobre 1923. MM. Berthelemy et Percerou, consultés à cet effet, tendaient à dénier à l'Etat toute responsabilité en invoquant le fait qu'il n'existe aucun « moyen de contrainte » pour obliger l'Etat à « ordonnancer une créance juridictionnellement déterminée ». G. Platon, *l'Etat actionnaire et administrateur de sociétés*, p. 161.

suivi pour la réparation totale du préjudice causé par la mesure prise ou l'acte décidé par le conseil d'administration. L'administrateur poursuivi qui aura réparé le dommage dans son intégralité peut se retourner contre les autres membres du conseil d'administration pour faire répartir la condamnation entre eux et lui. Si l'on a admis ici la règle de la solidarité, c'est parce que les actes incriminés ou les mesures qui auront causé préjudice à la société ou à des tiers, résultent d'une délibération collective, et peuvent ainsi être imputés à tous. Il n'est pas besoin d'ailleurs de rechercher si en fait, les administrateurs se sont associés à cette mesure, ont voté cette mesure ou s'y sont opposés. En principe donc, on peut aussi bien poursuivre l'Etat que les administrateurs ordinaires.

Il nous paraît difficile de faire jouer ici cette règle de la responsabilité solidaire et pour de multiples raisons. Pour qu'il y ait responsabilité solidaire, il faut bien évidemment que la responsabilité de tous les administrateurs soit identique ; or il n'en est pas ainsi, l'Etat administrateur sera en réalité, nous l'avons montré, moins responsable que les autres, et la société ou les actionnaires, préféreront intenter l'action en responsabilité contre les simples particuliers que contre l'Etat. De plus, la responsabilité solidaire implique que tous les administrateurs ont voté ou sont supposés avoir voté la décision qui aura engagé la responsabilité du Conseil d'admi-

nistration. Et cela se conçoit très facilement, lorsque tous les administrateurs ont avant tout le même intérêt, faire prospérer la société pour qu'elle réalise le plus de bénéfices, mais il est beaucoup plus difficile de le concevoir, lorsque les administrateurs ne représentent pas et ne défendent pas au conseil d'administration, les mêmes intérêts, l'Etat veut assurer la satisfaction de l'intérêt général, les autres administrateurs recherchent la prospérité de la société.

Il ne paraît plus alors aussi juste d'admettre une responsabilité solidaire. Dans le cas par exemple où le Conseil d'administration aura pris une décision, malgré l'opposition de l'Etat, l'Etat pourra-t-il être considéré comme responsable et poursuivi ?

De même, lorsque l'Etat aura la majorité au conseil d'administration aucune décision ne pourra être prise sans qu'il accepte et lui seul pourra imposer certaines décisions, les autres administrateurs pourront-ils être responsables de cette mesure qu'ils n'auront pas votée, parce qu'elle était contraire aux intérêts de la société, qu'eux ils défendent véritablement ? C'est ce qu'il ne nous paraît pas possible d'admettre.

Enfin, lorsque les représentants de l'Etat auront voté en sens divers, les uns pour, les autres contre l'adoption de la mesure qui aura engagé la responsabilité des administrateurs, la responsabilité de l'Etat se trouvera-t-elle engagée pour le tout, ne le sera-t-elle pas seulement pour une « quote part déterminée par le nombre d'actions correspondant aux

administrateurs ayant eu l'attitude dommageable » ? Le principe de la responsabilité solidaire doit faire repousser cette seconde solution, la responsabilité de l'Etat se trouvera engagée pour le tout.

Ainsi donc, si l'on admet que l'Etat est lui-même administrateur il n'est pas possible de lui appliquer toutes les règles de la responsabilité de la loi du 24 juillet 1867. En effet, un administrateur supporte les conséquences de sa mauvaise gestion, il encourt une responsabilité civile et pénale. Or on n'a fait peser sur l'Etat administrateur que la responsabilité civile. Et même, cette responsabilité civile que l'on a mise à sa charge ne peut pas être la même responsabilité que celle des autres administrateurs d'où, nous avons vu, la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité de faire jouer entre l'Etat et les autres administrateurs, la responsabilité solidaire prévue par l'article 44 de la loi de 1867.

Il y aura donc dans la société mixte, deux catégories différentes d'administrateurs. A côté des administrateurs ordinaires, soumis ceux-là à une responsabilité effective, il y aura les administrateurs représentant l'Etat qui ne seront jamais responsables civilement, mais ne seront soumis qu'à une responsabilité pénale l'Etat supportant la responsabilité civile.

Une pareille solution ne fait en réalité que supprimer les garanties de succès de l'entreprise. Pour qu'une société fonctionne bien, il importe que ceux

qui l'administrent, encourent une *responsabilité effective* et encourent tous, à pouvoirs égaux, la même *responsabilité*. Pour méconnaître cette vérité, on compromet sérieusement la bonne marche d'une entreprise, l'avenir même de la société mixte.

Peut-être aurait-il mieux valu considérer les représentants de l'Etat comme administrateurs en leur nom personnel, et faire peser sur eux la même responsabilité que sur les administrateurs ordinaires tant civile que pénale.

Du moment que les représentants de l'Etat ont une liberté d'action et de vote, il serait juste qu'ils en subissent la responsabilité. Il y aurait là de plus, une garantie de la bonne gestion des administrateurs de l'Etat, ils seraient ainsi intéressés à ne pas commettre de fautes dans la gestion de la société.

Enfin, toutes les responsabilités des administrateurs étant à la même mesure, il serait alors possible d'appliquer la responsabilité solidaire entre les différents administrateurs.

CONCLUSION

Dans sa conception théorique, la nouvelle formule économique de collaboration de l'Etat et des particuliers est assez séduisante. L'exploitation des services d'intérêt collectif — mais de ceux-là seulement — par les particuliers et par l'Etat associés paraît bien supérieure à l'exploitation par les particuliers en entreprise privée ou par l'Etat en régie ou en concession.

Au point de vue pratique — nous pourrions dire juridique — la réalisation de cette formule dans le cadre de la société anonyme présente de sérieuses difficultés.

Si l'on applique à l'Etat toutes les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 — comme d'ailleurs on les applique aux particuliers ou aux groupements privés avec lesquels il est associé — l'Etat aura dans la société la même situation que les autres actionnaires; son influence et ses droits varieront avec l'importance du capital par lui possédé. Il est à craindre que dans ces conditions, s'il ne détient

qu'une faible partie du capital, il ne puisse diriger l'entreprise dans le sens de la satisfaction de l'intérêt général. Ne pouvant ainsi jouer le rôle que le législateur lui a assigné, sa présence dans la société n'aura plus aucune raison d'être.

Que si l'on veut réaliser la formule économique telle qu'elle a été conçue dans les lois récentes, c'est-à-dire, accorder une prééminence à l'Etat dans la société, il faut alors soustraire l'Etat à l'application du droit commun et lui créer une situation particulière et privilégiée, comme l'ont fait le décret du 18 octobre 1923 et la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives.

On s'éloigne alors singulièrement de la société anonyme de la loi de 1867, et même de la notion juridique de société.

Une société consiste, nous l'avons vu, en un groupement d'individus dans un but commun, le but de réaliser des bénéfices. Dans la société mixte, les particuliers poursuivent bien ce but lucratif, mais l'Etat poursuit un but différent, la satisfaction de l'intérêt général.

Et dès lors, si les particuliers sont associés entre eux, ils ne le sont pas avec l'Etat qui n'a pas le même intérêt que le leur. On juxtapose des intérêts différents, mais on ne les associe pas.

De plus, dans la société anonyme, tous les actionnaires ont les mêmes droits et les mêmes obligations. Dans la société mixte l'Etat — nous l'avons montré

— aura des droits beaucoup plus étendus que les autres actionnaires; il sera un administrateur nécessaire et permanent et encourra une responsabilité effective beaucoup moins lourde que celle des autres administrateurs. Ce n'est véritablement pas comme associé qu'il rentre dans la société, mais comme puissance publique.

En réalité, la société mixte n'a rien de commun avec les sociétés anonymes régies par la loi de 1867, dans lesquelles tous les associés doivent être égaux.

Ce n'est pas, selon nous, dans le cadre de la société anonyme que l'on peut réaliser cette conception économique de l'Etat actionnaire et administrateur de sociétés. Il faudrait créer un cadre spécial.

Nos lois sur les sociétés ont été faites pour des *particuliers* ou des groupements privés qui poursuivent un *but d'intérêt privé*, on ne peut les appliquer, sans les déformer, à *des personnes morales publiques*, telles que l'Etat, qui poursuivent un *but d'intérêt général*.

En l'état actuel de notre législation, il nous paraît difficile, pour ne pas dire impossible, de faire fonctionner utilement la société mixte. Des obstacles d'ordre juridique nombreux empêchent de constituer et de maintenir un lien véritable d'association entre l'Etat et les particuliers. Comme l'a très justement écrit M. Garcin (1) : « En vain l'économiste s'efforce-t-il de

1. *L'évolution de l'économiste en France* (Revue des Sociétés, 1924, p. 106 et suiv.).

prôner telle ou telle formule, il n'arrivera jamais à aucun résultat si la pratique qui est d'accord avec le bon sens et les conclusions de l'expérience, ne vient consacrer le mérite de sa création. »

Vu : le Doyen,
BERTHELEMY

Vu : le Président de la thèse,
G. RIPERT

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris
P. LAPIE

BIBLIOGRAPHIE

- Antonelli.* — Les sociétés anonymes d'économie mixte (Revue des sociétés, 1923, p. 57 et suiv.).
- Berthélemy.* — Traité élémentaire de droit administratif, 10^e édition. Paris, 1923.
- Dolbeau.* — L'Etat actionnaire et administrateur de sociétés (Gazette des Sociétés, 1923, p. 163 et suiv.)
- Gane.* — Les solutions économiques roumaines. La commercialisation des entreprises d'Etat. Paris, 1924.
- Garcin.* — L'évolution de l'économie mixte en France (Revue des sociétés, 1924, p. 106 et suiv.).
- Gheude.* — L'exploitation des chemins de fer vicinaux en Belgique. Bruxelles, 1909.
- Gombeaux.* — La condition juridique de l'Etat industriel et commerçant. Thèse Caen, 1904.
- Gayot.* — La gestion par l'Etat et les municipalités. Paris, 1913.
- Hauriou.* — Précis de droit administratif et de droit public, 10^e édition. Paris, 1921.
- Houpin et Bosvieux.* — Traité général théorique et pratiques des sociétés civiles et commerciales, 5^e édition. Paris, 1921.
- Jourdan.* — Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique. Paris, 1882.
- Kœppelin.* — Le système dit « d'économie mixte » dans les

entreprises publiques en Allemagne (Revue d'économie politique, 1920).

Lapie. — Les entreprises d'économie mixte. Thèse Paris, 1925.

Milhaud. — La marche au socialisme. Paris, 1920.

Mireaux. — Les nouvelles formules d'organisation économique (Revue politique et parlementaire, 1923, p. 365).

Pic. — Des sociétés commerciales, 3 vol., 2^e édition. Paris, 1925.

Platon. — L'Etat actionnaire et administrateur de sociétés. Thèse Paris, 1925.

Rolland. — L'Etat actionnaire. Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives suivi des discussions, projets, annexes (Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1924, p. 57-90, 131-150, 215-230).

Staat. — Une entreprise d'économie mixte. L'électricité de Strasbourg. Thèse Strasbourg, 1924.

Thaller et Percerou. — Traité élémentaire de droit commercial, 7^e édition. Paris, 1925.

Truchy. — Cours d'économie politique, tome I. Paris, 1922.

— L'Etat actionnaire et administrateur de sociétés. Communication faite à la Société d'Economie politique le 5 mars 1923 (Journal des économistes, 1923, p. 356-361 ; Economiste français, 24 mars 1923).

Villey. — Du rôle de l'Etat dans l'ordre économique. Paris, 1882.

Wahl. — Précis théorique et pratique de droit commercial. Paris, 1922.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
Objet de cette étude.....	6
I. — Modes d'intervention de l'Etat dans l'économie.	7
La régie.....	8
La concession.....	9
Formule nouvelle: la société mixte.....	10
II. — Les cas d'application de la société mixte en France. Examen des lois et projets qui l'ont consacrée.....	11
Loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique et le décret du 18 octobre 1923.....	11
Loi du 11 août 1920 relative au transport d'énergie électrique dans les régions libérées et le décret du 28 mars 1923.....	16
Loi du 19 juillet 1922 relative à la création de réseaux de transport d'énergie électrique à haute tension	19
Loi du 27 mai 1921 relative à l'aménagement du Rhône.....	20
Loi du 27 juillet 1921 sur la société des services contractuels des messageries maritimes.....	22
Projet du 8 février 1923 sur la constitution d'une	

société mixte pour la fabrication de l'ammuniaque synthétique.....	23
Projet du 21 février 1923 sur l'amodiation des mines de potasses d'Alsace.....	24
Projet du 29 mars 1923 autorisant une concession de force hydraulique sur le cours de la Dordogne.....	25
III. — Notion économique de la société mixte Ses avantages, ses dangers. Difficultés de réalisation au point de vue juridique.....	28

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉTAT ACTIONNAIRE

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'Etat et le contrat de société...</i>	41
<i>Section première.</i> — L'Etat est une personne morale.	
Une personne morale peut-elle être actionnaire?.....	41
<i>Section II.</i> — L'Etat est une personne morale de droit public. Difficultés d'application de la loi commerciale.....	45
CHAPITRE II. — <i>Les actions de l'Etat</i>	53
<i>Section première.</i> — Nature des actions attribuées à l'Etat.....	55
1. L'apport de l'Etat.....	56
2. Etude de l'article 10-8° (c, d, e, f) de la loi du 16 octobre 1919.....	61
<i>Section II.</i> — Les droits de l'Etat actionnaire....	65
1. Droit aux bénéfices.....	65
2. Droit à l'actif social.....	66

TABLE DES MATIÈRES	157
3. Forme et aliénation des actions de l'Etat....	66
<i>Section III. — Les obligations de l'Etat actionnaire.</i>	71
1. Vérification des apports en nature.....	71
2. L'Etat pourra-t-il être exécuté en bourse?..	
3. Les modifications apportées aux statuts sont-elles opposables à l'Etat?.....	75
CHAPITRE III. — <i>La représentation de l'Etat dans les Assemblées.</i>	77
<i>Section première. — Par quelles personnes et dans quelles assemblées l'Etat sera représenté....</i>	78
<i>Section II. — Le nombre de voix de l'Etat.....</i>	82
1. Dispositions du droit commun.....	82
2. Part de capital de l'Etat dans la société....	83
3. Nombre de voix de l'Etat par application du droit commun.....	86
4. Dispositions du décret du 18 octobre 1923 (art. 4 <i>in fine</i>) et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives (art. 453).....	88

DEUXIÈME PARTIE

L'ÉTAT ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉS

CHAPITRE PREMIER. — <i>Conditions de nomination. Nomination et révocation de l'Etat administrateur</i>	99
<i>Section première. — Conditions exigées de l'Etat et de ses représentants pour être administrateurs</i>	99
1. Etre actionnaire.....	99
2. Dépôt d'actions de garantie.....	103

3. Conditions spéciales exigées des représentants de l'Etat.....	104
<i>Section II. — Nomination et révocation de l'Etat administrateur et de ses représentants.....</i>	108
1. Nomination de l'Etat et de ses représentants l'Etat administrateur <i>nécessaire</i>	108
2. Durée des pouvoirs de l'Etat et de ses représentants ; l'Etat administrateur <i>permanent</i>) ..	112
3. Révocation de l'Etat et de ses représentants ; (l'Etat administrateur <i>irrévocable</i>).	114
 CHAPITRE II. — <i>Les pouvoirs et la responsabilité de l'Etat administrateur</i>	119
<i>Section première. — Les pouvoirs de l'Etat administrateur</i>	121
<i>Section II. — La responsabilité de l'Etat administrateur</i>	126
1. La responsabilité des administrateurs d'après la loi du 24 juillet 1867.....	126
2. Difficultés d'application de cette responsabilité à l'Etat, <i>personne morale de droit public</i> . ..	129
3. Solution du décret du 18 octobre 1923 et de la proposition de loi de la Société d'Etudes législatives.....	137
4. Examen critique de cette solution.....	139
 CONCLUSION.....	149
 BIBLIOGRAPHIE.....	153

7164 — Imp. Jouve et Cie 15, rue Racine Paris — 5-1926

